شرح التلقين

للإمام أبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري

453 - 536

1061 - 1141

الجزء الثاني

المجلد الأول

تحقيق

سماحة الشيخ محمد المختار السلامي

مفتي الجمهورية التونسية





كتاب السلم



اعلم أنا جرينا في هذا الاملاء على الخروج عن نظم كتاب التلقين لسؤال الأصحاب في ذلك. وقد ذكرنا ما يتضمن كتاب السلم الأول من المدونة. وتلطفنا بأن نورد كلام القاضي أبي محمد عبد الوهاب ونشرحه ثم نضيف إليه ما يتعلق به. وربما أضفنا إلى هذا ما يتعلق بما تعلق به. وقد قدمنا في ذكره المنع من بيع الطّعام بالطعام إلى أجل ما يتعلق به من الذرائع أو ما هو ذريعة للذرائع. وذكرنا هناك الأخذ عما في الذمة من الطعام طعاماً إذا كان السلم صحيحاً. ولعلنا أن نلحق هناك[1] الأخذ عن الطعام طعاماً إذا كان السلم فاسداً. فأجزناه لما توخيناه من الجري على مسائل المدونة ما أمكن. فاعلم أن السلم إذا كان صحيحاً وحلّ أجله وتراضى المتعاقدان أن يتعاوضا من الطعام الذي في الذمة بطعام آخر، وذكرنا الشروط التي تبيح ذلك فمنها أن لا يقعا في هذه المعاوضة في بيع الطعام قبل قبضه، وأن يكون المأخوذ عما في الذمة: يجوز أن يسلم فيه[2] رأس المال. فإذا كان السلم في طعام عقد عقداً فاسداً فأراد أن يأخذ عن ذلك الطعام طعاماً، فإن الأصل في هذا أن لا يعتبر فيه تقدير بيع الطعام قبل قبضه كما اعتبر في السلم الصحيح، لأن من أسلم في حنطة سَلماً فاسداً يجب فسخه ثم تراضيا بأن يأخذ عن ذلك تمراً فإن التمر ها هنا ليس بعوض عن الحنطة فيتصور فيه بيع الطعام قبل قبضه، لكون الذمة خالية من الحنطة لفساد

(1) هكذا في جميع النّسخ ولعل الصواب هنا.

(2) (فيه) ساقطة في و.

العقد عليها، وإذا كانت خالية من الحنطة فالواجب رد رأس المال كما يحكم في البياعات الفاسدة، فإن التمر المأخوذ ها هنا عن رأس المال الذي هو دنانير ودراهم، وبيع الدنانير والدراهم قبل قبضها بتمر دين. هذا هو الأصل المعتمد عليه، وعليه وقع جواب **ابن القاسم** في **المدونة** من غير اشتراط وقوع حكم القاضي بالفسخ. وأجاز لمن أسلم في حنطة سلماً فاسداً أن يأخذ تمراً. وهذا طرد مذهبه، لأن السلم إذا فسد عقده لم يستحق المسلم في ذمة المسلَم إليه سوى رأس ماله الذي دفع إليه. لكن أشهب التفت في هذا إلى اختلاف العلماء في هذا العقد الذي أفسدناه نحن وأمضاه غيرنا، فنهى عن أخذ التمر عن الحنطة حتى يقضي القاضي بفسخ العقد فيرتفع الخلاف. أو يكون الفساد مجمعاً عليه فيكون عُرُوُّ الذمة متفقاً عليه ولا مخالف فيه يُتَحسَّس إليه، وهذه مُراعاة منه لاختلاف العلماء، واحتياطاً من الوقوع في المحرم. لأنه إذا كان بعض العلماء يرى عقد هذا السلم صحيحاً وقد يرفع إلى قاضٍ يحكم بصحته، صارت المعاوضة عند هؤلاء كبيع الطعام قبل قبضه. ولكن أشار بعض الأشياخ إلى أن المتعاقدين لو وقعا في هذه المعاوضة ما أُحسِّن أن تفسخ عليهما مع كون هذه المعاوضة عندنا جائزة، ولا يحسن بالفقيه أن يفسخ عقداً وهو عنده جائز ماض لأجل أن غيره ذهب إلى فساده. لكن يحسن النهي عن الوقوع في هذا ابتداءً احتياطاً من الخلاف.

ومال بعض الأشياخ إلى أنهما لو حكّما رجلاً فحكم بالفسخ لحل ذلك محل حكم القاضي. وأشار أيضاً إلى أن أحدهما لو حكّم صاحبه فاجتهد فحكم بالفسخ أو اجتهدا جميعاً ففسخاه لأجزأهما ذلك.

وهذا الّذي قاله في حكم أحدهما أو حكمهما جميعاً فيه نظر، لأن الحاكم لا يحكم لنفسه. لكن الاختلاف في تراضيهما فالإشهاد على الفسخ هل يحل ذلك محل الحكم بالفسخ؟ مشهور بين **أشهب** و **ابن المواز**[1] ومراعاة الخلاف

(1) هكذا في جميع النسخ. وفي الكلام شيء من الاضطراب.

وكون العقد الفاسد عقداً يفتقر إلى حل، فيه اضطراب في المذهب سنتكلم عليه في كتاب البيع الفاسد إن شاء الله تعالى. فإذا راعينا الخلاف وجعلنا العقد الفاسد له شبهة العقود، افتقر إلى حله بقضية قاض. وإن لم يراعَ الخلاف ولا جعلنا العقد الفاسد عقداً، فإنه لا يجب الافتقار إلى قضية قاض.

فإذا تقرر عندك هذا الاضطراب في افتقار العقد إلى حل إذا كان مختلفاً في فساده، فإنه إذا كان العقد مجتمعاً على فساده أو مختلفاً/ فيه فقضى بنقضه قاض لم يختلف في ترك مراعاة بيع الطعام قبل قبضه، إذ لا طعام/ ها هنا في الذمة يباع قبل القبض. لكن لو أراد[1] بعد الحكم بالفسخ أن يأخذ مثل ما عقدا عليه من الطعام في المقدار والصفة، فإن ظاهر المذهب على قولين:

أحدهما إجازة ذلك، لكون المأخوذ الآن إنما أخذ معاوضة عن دنانير، لا عن مثل ما كان في الذمة على اعتقادهما ومقتضى عقدهما. وإلى هذا ذهب **ابن حبيب**. وظاهر كلام **ابن المواز** المنع منه، لئلا يكون لم يقصد بهذه المعاوضة الثانية إلا إمضاء الأولى التي فسخت عليهما، فيكون الفسخ لم يفد، ومتى أبحنا له، وقد أسلم في مائة قفيز سمراء سلماً فاسداً ففسخ عليهما ووجب رد رأس المال أن يأخذ عنه مائة قفيز سمراء، فإنّ هذا الذي فعلاه صورة ما عقدا عليه والفسخ لم يفد شيئاً. وقد وقع **لمالك** رضي الله عنه فيمن أقال من طعام أسلم فيه سلماً صحيحاً وأخّر المناجزة في رأس المال، أنّ الإقالة تفسخ لما دخلها وما تصور فيها من فسخ الدين. لكنه أباح لهما أن يرجعا إلى إقالة صحيحة يتناجزان فيها، ولم يتهمهما على إمضاء الإقالة الأولى التي فسخت عليهما ولم يقدّر أنهما رجعا إليها. وهذا ينظر لأحد القولين في إجازة أخذ مثل الطعام سواءً بعد الحكم بفسخه. لكن الإقالة الأولى تصور فيها صورة التأخير وتقدير اتّهامهما على فسخ الدين في الدين، وهذه الثانية لم يتصور فيها ذلك لأنهما يتناجزان فيها. وهكذا وقع **لابن القاسم** فيمن قارض رجلاً بمائة على أن يحمل

(1) في النسختين: أراه (بالهاء).

له مائة أخرى إلى بلدة أخرى، أن القراض فاسد ويقضي فيه، على أصله، بإجارَة المثل، لأجل ما فيه من زيادة منفعة انفرد بها رب المال، وهي حمل المائة الأخرى. لكون **ابن القاسم** أجاز لهما أن يتراضيا على ما حصل من الربح. وهذا وإن وقع بعد معرفتهما بمقدار ما يجب للعامل من الإجارة وفسخ العقد بأنه رجوع إلى ما فسخناه عليهما أولاً. وكذلك قال **أشهب** في غاصب غصب قمحاً جُزافاً ثم تراضيا على مكيلة معلومة بعد الحكم بالقيمة، أنّ ذلك جائز. ورأى أنّ الحكم بالقيمة يمنع من كون الطعام مأخوذاً عن الطعام الجزاف من غير قيمة وجبت فيه لم يجز[1] لجواز التفاضل بين الطعامين والشك في الوقوع فيه. وهكذا قال فيمن صرف دنانير بدراهم فوجد الدنانير ناقصة حتى وجب الرد، فإنه لا بأس أن يصرفها منه، وإذا أبحنا له أن يصرفها بدراهم بعد أن نقضنا الصّرف الأول لما فيه من النقصِ لم يمنع أيضاً أخذ مثل الطعام المسلم فيه بعد أن نقض العقد فيه. لكن إن كان المراد بهذا يصرفها صرفاً ثانياً ليس مثلَ الأول فقد يباح هذا لأجل ما في العقد الثاني من المخالفة الأولى[2]. وهكذا اضطراب أصحابنا في جواز الأخذ عن القمح شعيراً أو سُلْتا. فكان الشيخ **أبو محمد اللؤلئي** يرى أن ذلك مثل أخذ القمح بعينه الذي أسلم فيه، لكون الشعير والسلت في الزكاة والبيع حكمهما حكم القمح.

وذهب **ابن أبي زمنين** إلى أن ذلك ليس كأخذ المسلم فيه بعينه بعد الفسخ، لكون هذا المأخوذ ليس هو عين الأوّل الذي فسخ. وقد أجاز **ابن حبيب** أن يأخذ بعد الفسخ سمراء عن محمولة لما دخل في العقد الثاني من التغيير عن العقد الأول.

وإذا جاز أخذ السمراء عن المحمولة فَأَخْذُ السلت والشعير أولى بالجواز. لكن لو أخذ عن سمراء جيدة سمراء دنيّة، لكان هذا أقرب إلى الإشكال من أخذ الشعير والسلت.

---

(1) هكذا في جميع النسخ. وفي الكلام نقص ظاهر.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: للأولى.

ومن الأشياخ من يراه كأَخْذِ الشيء بعينه لكون النوع واحداً، وإنما اختلف بالجودة والدّناءة[1].

ومنهم من يشير إلى ارتفاع التهمة بالعودة إلى العقد الأول لأجل ما دخل في هذا من التغيير.

وقد وقع في **المدونة** لفظان يشيران إلى ما قدمناه من الاختلاف في أخذ الشعير والسلت عن القمح. وذلك أنه قال في الباب: لا بأس أن يأخذ من الطعام ما شاء غير الحنطة التي أسلم فيها. والشعير والسلت لا يسميان حنطة. فاقتضى ظاهر هذا اللفظ جواز أخذ الشعير عن القمح. وقال أيضاً في الباب بعينه: لا بأس أن يأخذ ما شاء من الطعام سوى الصنف الذي أسلم/ فيه. والشعير والسلت يعدهما أهل المذهب مع القمح صنفاً واحداً، لكن ربما كان دلالة قوله: غير الحنطة، على جواز أخذ الشعير أوضحَ من دلالة قوله: سوى الصنف الذي أسلم فيه؛ لأنه قد يريد بالصنف المثلَ. وأجاز أخذ القمحِ الدنيّ عن الجيد.

هذا حكم أحد الشروط التي ذكرنا اعتبارها في المعاوضة/عن السلم الصحيح، ذكرنا إجراءهما[2] ها هنا في السلم الفاسد على حسب ما فصّلنا القول فيه. وأما الشرط[3] الآخر وهو اعتبار أن يكون المأخوذ مما يجوز، أن يسلم فيه رأس المال، وإجراء هذا الشرط في السلم الفاسد مجراه في السلم الصحيح. . .[4] أجاز **ابن حبيب** في السلم الفاسد المحكوم بفسخه أن يأخذ دراهم عن رأس المال، وهو دنانير، ورأى أن الحكم أوجب بطلان ما في الذمة من الطعام الذي فيه أسلم رأس المال، وأوجب الحكم كون رأس المال ديناً

---

(1) (والرّداءة) في م.

(2) هكذا في النسختين.

(3) هكذا في جميع النسخ. ولعلّ الصّواب الشّرط.

(4) هكذا في جميع النسخ. ولعلّ الصّواب فأجاز.

على المسلم إليه، فلا يمنع مستحقه من المصارفة فيه، ويبعد أن يعقدا عقداً فاسداً تحيلاً به على الرجوع إلى عقد فاسد آخر، لأنه لما سهل عليه الوقوع في الفساد في العقد الأول يسهل عليهما أن يجعلا هذا العقد الثاني الفاسد في أول أمرهما. وقد وقع في **المستخرجة** ما يدل على جواز أخذ الدراهم عن الدنانير إذا كانت رأس مال السلم الفاسد. وحاول الشيخ **أبو القاسم ابن الكاتب** أن يضيف هذا المذهب إلى **المدونة** فقال: قد وقع في كتاب الصلح من **المدونة**، فيمن ابتاع عبداً فاطلع فيه على عيب بعد أن فات في يديه وقد دفع ثمنه وهو دنانير، أنه يرجع بقيمة العيب من الدنانير التي دفع، ويجوز له أن يأخذ عما يجب له منها دراهم. ودافعه غيره من الأشياخ من تعلقه بهذا، بأن السلم الفاسد دخلا فيه مدخلاً واحداً فتتطرق التهمة للمتعاقدين أنهما أرادا جميعاً التحيل على الصرف المستأخر، ومسألة العيب لا مدخل للمشتري فيها ولا سبب له فيه. ولا علم له به حين العقد وإنما العيب من جهة أحد المتعاقدين وهو البائع، فلا تتطرق التهمة بأنهما يتراضيان على التحيل على ما لا يجوز إلا فيما دخلا فيه مدخلاً واحداً، وأمكن أن يشتركا في القصد إليه. فالعيب إذا لم يكن عند المشتري منه علم، ولا له فيه سبب، يستحيل أن يواطىء على التحيل به في أصل العقد لأن التحيل به إنما يكون بعد العلم به، ومن لا يعلم الشيء كيف يتحيل به؟. وقد وقع في **الحاوي لأبي الفرج** رواية **عن مالك** أنه أجاز لمن أسلم دنانير في عروض أن يأخذ من الدنانير دراهم. فإن جاز هذا في سلم صحيح تقايلا فيه، ففي الفاسد المحكوم بفسخه أحرى أن يجوز. لكن المعروف من المذهب أن التقايل تعتبر فيه التهم، ويمنع أن يأخذ عن رأس المال وَرِقاً لما وقع حل العقد باختيار منهما.

ولو انحل العقد بسبب لا مدخل فيه لواحد منهما، كاكتراء دار بدنانير فانهدمت الدار وجب[1] رد الدنانير، فإنه يجوز أن يأخذ عنها وَرِقاً، إذ لا سبب

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ووجب.

لواحد منهما في حل هذا العقد، فيتهمان على التحيل فيه على الصرف المستأخر.

وكذلك لو كان السلم في ثمار بعينها فاجتيحت على حسب ما تقدم بيانه في جائحة الثمار المسلم فيها، فجاز أن يأخذ عن رأس المال الذي هو ذهب ورقا، لمّا كانت الجائحة لا مدخل لواحد منهما فيها.

وكذلك الرد بالعيب به ألحق بهذا النوع لكون أحدهما، وهو البائع، انفرد بالسبب الموجب لحل العقد. والبيع الفاسد وقع فيه الاضطراب هل هو من هذا النوع لأجل أن القاضي فسخ العقد عليهما بغير اختيارهما. وقد صورنا وجه بَعد التهمة عنهما في هذا. ويجري ذلك مجرى الإقالة التي فعلاها باختيارهما لما كانا مشتركين ها هنا في العقد الفاسد. وكذلك قال مالك، فيمن أسلم إلى صاحب حائط في ثمرة، فعدمت الثمرة، إنه لا بأس أن يأخذ عن رأس المال، وهو ذهب، ورقاً ورأى انقطاعها كالجائحة، وانهدام الدار. وإن أمكن أن يقدر هاهنا أنهما تعمدا التأخير في الاقتضاء حتى يذهب إبان الثمرة، تحيلاً منهما على الصرف المستأخر وهذه التهمة دعت ابن القاسم إلى أن قال، فيمن أسلم في ثمر حائط بعينه فانقطعت الثمرة بعد أن أخذ بعضها: إنّه يأخذ بقية رأس ماله ما شاء، ما لم يأخذ أكثر من المكيلة التي عقد السلم عليها. واتهمهما على تعمد التأخير/ لأجل ما زاد على المكيلة التي استحق عليه.

فأنت ترى مراتب هذه المسائل في قوة التهمة وضعفها فاتضح فيما لا سبب لواحد منهما فيه كالجائحة وانهدام الدار بُعْدُ التهمة، فأجيز الأخذ عن الدنانير دراهم، واتضح في الإقالة في السلم الصحيح قوة تطرق التهمة، فمنع ذلك في المشهور المعروف من المذهب/ سوى ما حكيناه مما هو شاذ عن المعروف من المذهب. وتزاحمت الظنون في قوة التهمة وضعفها في السلم الفاسد فكان فيه من الاضطراب ما حكيناه. وعلى هذا جرى الأمر في انقطاع الثمرة على حسب ما حكيته أيضاً. فهذه النكتة التي تدور عليها مسائل هذا الباب.

وقد ألحق في **المدونة** بهذا الباب مسألة من باع داراً على أن ينفق مشتريها عليه حياته، فذكر أنّ هذا عقد فاسد لا يجوز، وأنه يجب فسخه ورد الدار لبائعها، ويرجع مشتريها عليه بقيمة ما أنفق عليه.

وإيراد هذا السؤال في هذا الباب قد يفتقر إلى اعتذار لكونه في الظاهر خارجاً عما ترجم الباب به. والعذر عن ذلك أنه قدر أن بائع الدار أسلمها في طعام يطعمه أجلاً مجهولاً، وهذا سلم فاسد، يجب فسخه، ورد دار البائع عليه، ورد البائع على المشتري ما أنفق عليه. فلهذا أدخل هذا السؤال ها هنا، ولا خفاء بفساد هذا العقد. لأن أمد حياة هذا البائع مجهول. فقد يحيى بعد العقد. يوماً وقد يحيى ألف يوم أو أكثر منها. وهذا اختلاف عظيم في مقدار الثمن لا يعلم ضبطه ولا حقيقته لا البائع ولا المشتري.

ولكن هذا مع وضوح فساده قد وقع **لأشهب** إمضاء هذا العقد. واختلف المتأخرون في العذر عنه، فقيل: إنما أجاز ذلك لأنه أعمر البائع أمراً والنفقة في هذا الأمر في حكم المعلوم يطلب بها ذمة المشتري مات أو عاش. فصار العقد وقع على ثمن معلوم.

وهذا العذر لو صورت المسألة عليه وأن بيع الدار وقع بثمن معلوم لا غرر فيه أصلاً لم يخالف **ابن القاسم** فيه **أشهب**. كما أن **أشهب** لو صورت المسألة عنده بانعقاد البيع على ثمن مجهول لم يمضه.

واعتذر بعض أشياخنا عنه بأنه قد يريد وقوع هذا العقد على جهة المكارمة، كما يفعل الأب مع ابنه، بأن يقول: أنفقْ عليَّ، وداري لك. والقصد ها هنا المكارمة من الأب لولده، ولم يقصد الأب وولده بمثل هذا العقد المعاوضة على جهة المكايسة والمتاجرة. فلهذا جاز.

والتأويل الأول هو أولى لكونه عاماً فى سائر المتبايعين على تعمير يصير معه الثمن معلوماً. وأما فعل الآباء وأمثالهم مع بنيهم وأقاربهم فهذا يتسع القول فيه، ولا يكون الجواب عاماً في سائر الناس.

وإذا أوجبنا للمشتري أن يرجع على البائع بما أنفق، فإنه إذا كان لا تتحصل النفقة، مثل أن يكون مضافاً لعياله أو ينفق عليه نفقة لا يتحصل مثلها، فإن الواجب الرجوع بقيمة النفقة. ولو كان يدفع إليه طعاماً مكيلاً لكان الواجب الرجوع بمثله سواء اشتراه دافعه أو أخرجه من عنده. بخلاف الكفيل إذا قضى الطعام عن الغريم فإنه إن دفعه من عنده رجع بمثله، وإن اشتراه رجع بمثل الثمن. لأن الكفيل إذا تكفل عن الغريم بإذنه فكأنه كالآمر له أن يُسْلِفَه ما يقضي به عنه دينه. فإذا اشترى طعاماً بثمن فقضاه عنه صار كأنه إنما أسلف للغريم الثمن الذي اشترى به عنه دينه. فإذا اشترى طعاماً بثمن فقضاه عنه صار كأنه إنما أسلف للغريم الثمن الذي اشترى به وبيع[1] الدار ها هنا إنما له نفقة في ذمة مشتريها. فإذا وجب نقض ما كان بينهما رجع عليه بما أعطاه.

واختلف المتأخرون لو أنفق المشتري على البائع نفقة واسعة فيها زيادة عما يُقْضَى عليه به مما وقع في العقد عليه، هل يرجع بهذه الزيادة إذا وقع الفسخ لأنها هبة لأجل البيع، فيكون حكمها في الرد حكم الثمن، أَوْ لاَ يرجع بها؟ لأنه متطوع بدفعها متبرع بإنفاق ما لا يلزمه إنفاقه على حكم ما عقداه، فقد سلّط دفع[2] هذه الزيادة آكلها على أكلها وأذن له في ذلك من غير اشتراط عوض. ولعلنا أن نبسط الكلام على هذا الأصل فيمن أثاب من صدقة ظن أنه لا يلزمه الثواب عنها، فأكل هذا ما دفع إليه عوضاً عن صدقته.

وأما كون مشتري الدار أحق بها إذا وقع الفلس ففيه الاختلاف الذي سيذكر في كتاب التفليس إن شاء الله تعالى.

بيع الجزاف

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله:

وبيع الطعام وسائر المكيلات جزافاً جائز في الغرائر، وصَبًّا على الأرض.

---

(1) هكذا في جميع النسخ. ولعلّ الصواب: وبائع الدّار.

(2) هكذا في جميع النسخ. ولعلّ الصواب: دافع.

وكذلك سائر العروض المكيلة والموزونة كالجص والنَّوْرَةِ والقطن وغير ذلك. ولا يجوز فيما يعظم الغرر فيه كالعبيد والحيوان والثياب/ والجواهر. ومِن شرْط جواز بيع الجزاف تساوي المتعاقدين في الجهل بمقداره، ولا يجوز مع علم بائعه، ويكون للمشتري الخيار. ولو دخل على الرضا بذلك لم يجز.

قال الشيخ رحمه الله: يتعلق بهذا الفصل ستة أسئلة، منها أن يقال:

1) ما معنى الجزاف؟

2) وما الوجه في إجازة بيع الجزاف؟

3) وما الجنس الذي يباع جزافاً؟

4) وهل من شرط ما بيع جزافاً أن يكون مرئياً؟

5) وهل يشترط كون المتعاقدين متساويين في عدم العلم بمقدار المبيع؟

6) وهل يجوز أن ينضاف إلى المبيع جزافاً مبيعاً[1] غيره؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال: المجازفة لا تكون إلا من إثنين جزافاً[2]، على أسلوب باب المفاعلة، كقولهم المقاتلة والمضاربة والمشاتمة والملاعنة، إلى غير ذلك مما يكثر تعداده. فلهذا قلنا إذا علم أحد المتبايعين كيل الصّبرة وجهلها الآخر، فإن البيع غير منعقد، كما سيرد بيانه، لكون المجازفة التي هي المفاعلة والمراد بها كونهما جميعاً يرجعان إلى حزر وتخمين، لم يحصل منهما جميعاً إذا علم كيل الصبرُ أحدهما، ولا يسمى جزافاً لعدم الكيل بل للجهل به. لأنهما لو علما جميعاً كيل الصبرة وتصادقا على البيع فيها على غير إحداث كيل بعد العقد، لم يكن هذا بيع جزاف. فثبت أن المراد بهذه اللفظة كونهما غير عالمين بالمبلغ يقيناً بل بالظن والتخمين.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال: قد ورد الشرع بالنهي عن بيع الغرر. والمراد به كل ما كان فيه تغرير وخطر. لكن الشرع قد عفا عن عقود فيها

---

(1) هكذا في النسختين، والصواب: مبيعٌ.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تجازفا.

غَرَرٌ كما عفا عن عقد إجارة الدار شهراً مع إمكان كون الشهر تسعة وعشرين يوماً أو ثلاثين يوماً، وعن الشرب من السقَّاء مع كون السقاء لا يقف على الحد الذي ينتهي إليه شارب الماء منه. ولم يعف عن بيع الطير في الهواء والسمك في الماء، وما ذاك إلا أن الغرر إذا كان يسيراً غير مقصود فإنه يعفى عنه. وكذلك إذا كان القصد به الارتفاق ورفع المشاق فعفي عن ذكر الدار لأجل أن زيادة يوم على تسعة وعشرين يوماً أو عدمه لا يلتفت إليه المتعاقدان. وكذلك أجزنا بيع البرنامج لما في ذلك من الارتفاق ورفع المشاق بنشره وحله وطيه. وقد قال ابن الجهم من أصحابنا: لو قال له: بعني قطن جبتك أو جنين أمتك، لم يجز. ولو قال له: بعني الجبة بقطنها والأمة بجنينها لجاز ذلك. وأشار إلى ما قررناه من أن القصد التخاطر إذا عقدا البيع على أمر مغيّب كجنين الأمة وقطن الجبة. وإذا عقدا على الأمة نفسها والجبة بجملتها، صار المُغَيَّبُ من ذلك غير مقصود إلى التخاطر فيه، فجاز هذا العقد. وهكذا العقد على صبرة طعام عفي عن الغرر في العلم بمبلغها وسومح في الرجوع إلى الحزر والتخمين فيها لأجل أن العارفين بالحزر في هذا والتخمين يقل غلطهم فيه يكثر[1] مقدار ما بين غلطهم فيه إذا وقع الكيل، مع ما في ذلك من الارتفاق ورفع المشاق لتكلف الكيل وطلب المكيال، وهذا من طريق الاعتبار. وأمّا من جهة الآثار فقد خرج البخاري عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال: «كان الناس يبتاعون الطعام على عهد رسول الله ﷺ جزافاً[2]. وخرج عنه أيضاً: كانت الصحابة يبتاعون الثمار جزافاً على عهد رسول الله ﷺ[2] ، وهذا وإن وردت الآثار بالجواز فيه مطلقاً، وإباحة العلماء من غير تقييد، فإنه يجب أن يشترط في ذلك كون المتعاقدين ممن لهما دربة في هذا الحزر والتخمين وشاهدا منه ما يقيسان عليه ما يتبايعانه جزافاً. وأما إن كان المتعاقدان بعيدين من معرفة هذا ويقعان في الغلط الفاحش فيه

(1) هكذا. ولعل الصواب: ولا يكثر.

(2) نص حديث البخاري: لقد رأيت النّاس في عهد رسول الله ﷺ يبتاعون جزافاً ـ يعني الطّعام. يضربون أن يبيعوه في مكانه حتّى يؤووه إلى رحالهم. فتح الباري ج 5 ص 254.

الذي له مقدار كثير من الثمن والمثمون، فإنه لا يبيح لهما أن يتعاقدا بيعاً جزافاً، وهما يعلمان من أنفسهما أن غلطهما يتفاحش ويعظم حتى يقعا في الغرر والتخاطر.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال: تحقيق مقادير المبيعات يكون بثلاث صور: أحدها الكيل والآخر الوزن والآخر/ العدد.

فأما المكيلات فالحنطة والشعير والقطاني وغيرها من ضروب المكيلات فإنه لا يختلف في جواز بيعها جزافاً على الجملة. وكذلك الموزونات أيضاً كاللحم وشبهه. وأما المعدودات فقد وقع في المذهب روايات تشير إلى الاضطراب في هذا. فوقع لمالك/ رضي الله عنه في الموطأ أنه قال، في بيع الإبل والغنم والخيل والرقيق جزافاً: إن ذلك لا يجوز. ولا يجوز الجزاف فيما يعد عدّاً[1]. وهذا الاطلاق الذي وقع في الموطأ يقتضي ظاهره منع بيع المعدود جزافاً، بخلاف المكيل والموزون. وإن ترك على ظاهره كانت التفرقة بينه وبين المكيل والموزون أن المكيال والميزان التي لا يمكن العلم بالمبلغ في الحنطة واللحم إلا بحضورهما، وقد لا يوجدان أو يشق إحضارهما، فرخص في ذلك لأجل هذه المشقة. والعدد لا يفتقر فيه العاد إلى آلة قد يتعذر إحضارها. فلم يكن في تكليفه العدد مشقة. فلهذا عفي[2] عنه. لكن الحذاق من المتأخرين يشيرون إلى أن قول مالك رضي الله عنه هذا متأول فيما يكون المراد منه أعيان آحاده لا العلم بمبلغه. فلهذا مثل في الموطأ لما ذكر هذا بالإبل والغنم والخيل والرقيق. وهذه الأصناف التي ذكرها المراد أعيان آحادها والإحاطة بصفاتها، كل شيء منها على حياله، ليعلم بذلك قدر ثمن كل واحد على انفراده، فيحصل له من ذلك كونه غابنا أو مغبونا. فلو بيعت الجمال أو الجواري عدداً من غير اطلاع على صفات كل واحد منها على انفراده، لعظم في ذلك الغرر واتضح الخطر. فيحمل قول مالك: ولا يباع جزافاً ما يعد عدّا؛ على هذه الأجناس

---

(1) الموطأ: 2/219: «2002».

(2) هكذا في النسختين ولعل الصواب لم يعف عنه

المراد الاطلاع على عين آحادها. وأمّا ما تتساوى آحاده و المراد منه معرفة المبلغ كالمراد من صبرة الحنطة معرفة مبلغها لا عين كل بُرَّةٍ منها، فإنه يجوز بيعه، وإن كان معدوداً، جزافاً. فإن اعترض هذا ما أشرنا إليه من التفرقة التي ذكرناها آنفاً بين المعدود والمكيل قيل قد يكثر الشيء حتى يشق عدده كما يشق كيله ووزنه. وهكذا عند القاضي أبي محمد عبد الوهاب هذا الباب لتمييز ما المراد منه أعيان آحاده؟ أو ما المراد منه معرفة مبلغه لا أعيان آحاده؟ لكن هذا الذي ذكرناه في المعدود يقتضي أنه لو كان قليلاً لا كلفة في عدده، والعادة أن يباع بالعدد لم يسامح ببيعه جزافاً. وقد قال مالك رضي الله عنه: لا بأس أن تباع العصافير والحيتان الصغار جزافاً. وأما الكبير منها فلا يباع جزافاً، وإنما يعد عدداً. وفي الموازية أنه إذا علم أحد المتعاقدين العدد فكتمه عن الآخر وتبايعا على الجزاف، أن ذلك عيب يوجب الرد. فأشار ها هنا إلى جواز بيع المعدود جزافاً. فتحمل هذه الروايات التي اختلفت ظواهرها على ما قلناه من كون المعدود لا تُرادُ آحاده. فيجوز فيه الجزاف كالجوز والبيض، على حسب ما مثل به القاضي أبو محمد عبد الوهاب المعدود الذي يجوز بيعه جزافاً.

لكن وقع في كتاب ابن حبيب جواز بيع الأترجّ والبطيخ جزافاً، وإن اختلفت أجرام آحاده في الكبر والصغر. وهذه الرواية لا تصح على ما أصلناه، إلا أن يكون الثمن لا يختلف عند المتعاقدين باختلاف صغر البطيخ وكبره. وقد ذكرنا عن **مالك** أنه أجاز بيع العصافير جزافاً. لكن **ابن القاسم** تأوّل ذلك على أنها مذبوحة، وأما إن كانت حية فلا يجوز بيعها جزافاً لأنها يموج بعضها في بعض. وهذه إشارة إلى أن الحية لا يتأتى حزرها لما يحدث فيها من حركات وبسط أجنحة يستر بعضها بعضا. وهذا مسلم إن ثبت أن الحزر لا يوثق به فيما كان حياً منها، لأنا شرطنا في جواز بيع الجزاف أن يكون مما لا يعظم الغلط فيه ويتفاحش، فقدر **ابن القاسم** أن الحي من العصافير يعظم الغلط فيه ويتفاحش، فلهذا منعه.

ومن هذا الأسلوب بيع الذهب والفضة جزافاً. فأمّا ما كان منها تبراً أو مصوغاً فإن بيعه عندنا جزافاً غير ممنوع، ولو كان الحلي محشواً لم يمنع ذلك من بيعه جزافاً إذا اختبر مقدار الحشو من الساتر من ذهب أو فضة، بأن يعلم غلظ هذا الساتر من الذهب أو الفضة فيمكن حزره. وإذا لم يعلم مقدار غلظه من رقته لم يمكنه أن يحزر وزنه حزراً موثوقاً به. وأما إن كان الذهب أو الفضة مسكوكين دنانير أو دراهم، فإنه في **المدونة** لم يُجز بيع ذلك جزافاً. واختلف البغداديون/ في هذا المنع هل هو منع كراهة أو منع تحريم؟ فقال **ابن القصار**: إنّه منع كراهة. وأشار إلى هذا **محمد بن عبد الحكم** في قوله: لم أر أحداً من أصحابنا/ يجترىء على فسخ بيع الدنانير والدراهم جزافاً. وذهب **أبو بكر الأبهري وأبو محمد عبد الوهاب** إلى حمل هذا المنع على التحريم. فمقتضى مذهب **ابن القصّار** لا يفسخ البيع لكونه مكروهاً لا محرماً. ومقتضى قول **الأبهري وأبي محمد عبد الوهاب** الفسخ، إذا لم يراعيا الخلاف في هذا.

واختلف أيضاً في تعليل منع هذا، فأشار **محمد بن مسلمة** إلى أن الجزاف إنما جاز لكون الغلط فيه إنما يقع بيسير محتقر يزيد ذلك على حزر الحازر العارف أو ينقص. واليسير من الذهب والفضة له مقدار، وتشح النفوس عليه ما لا تشح على اليسير من غيره.. فلهذا منع بيع الدنانير والدراهم جزافاً. وهذا الذي قاله، وإن كان يستمر على القاعدة التي قدمناها في اعتبار كون الغرر مقصوداً أو غير مقصود، فإنه ينتقض على أصل المذهب لإجازة أهل المذهب بيع التبر والذهب والفضة المصوغين جزافاً. ويتصور من نفاسة مقدار الغلط فيها ما يتصور في الذهب والفضة المسكوكين وكذلك اللؤلؤ يتصور من نفاسة الغلط بقليله ما يتصور في الدنانير والدراهم المسكوكين.

وهذا في لؤلؤ تتسَاوى آحاده، والقصد فيه مبلغه لا الاطلاع على كل واحدة على حيالها، فإن بيع ذلك لا يجوز عندي جزافاً، وهو كبيع الرقيق والخيل.

وذكر القاضي **أبو محمد عبد الوهاب** ها هنا المنع من بيع الجوهر جزافاً

ولم يفصّل بين كبيرها وصغيرها. والمرجع في هذا إلى العادة فيما المقصود آحاده، أو المقصود مبلغه.

وعلل المنع من هذا الشيخ **أبو بكر الأبهري** والقاضي **أبو محمد عبد الوهاب** بأن الدنانير والدراهم ما خفّ منهما أنفقُ مما ثقل. فصار الغرر فيها إذا بيعت جزافاً من وجهين: الجهلَ بمقدار الخفيف منها من الثقيل، والجهلَ بالمبلغ. والغررُ إذا صار من جهتين صار مقصوداً.

والقمح واللحم إنما المقصود فيهما العلم بمبلغ كيل القمح ووزن اللحم، فصار الغرر من جهة واحدة فخف وأجيز.

والحق أن هذا التعليل الذي وقع **للأبهري** إنما ذكره في بيع الدنانير والدراهم المعدودة. هكذا قال **محمد بن عبد الحكم في المختصر**. ولما شرح **الأبهري** كلامه في هذا أشار إلى ما قلناه من التعليل. وهكذا في **الموطّأ** قال **مالك** رضي الله عنه: لا تباع الدنانير والدراهم المعدودة جزافاً، والعدول إلى الجزاف فيها غرر[1]. فقيد المنع بكون الدنانير والدراهم معدودة، كما ذكر **ابن عبد الحكم في المختصر**. وقد كنا نحن قدمنا ما وقع **لمالك** رضي الله عنه في **الموطأ** من بيع المعدود جزافاً ونقلنا فيما تقدم كلامه في هذا، وتأولناه بأن المراد به ما كان من المعدود يُقصد منه إلى الاطلاع على عين آحاده دون ما كان يقصد منه الاطلاع على المبلغ خاصة. وذكرنا أنه إن تُرِك قول **مالك** هذا على ظاهره عموماً في كل معدود، فإنما **ذلك** لكون المكيل والموزون قد يتعذّر حين بيعهما وجود المكيال والميزان، والعدد لا يتعذر لأنه علم لا يفارق المتعاقدين ولا يستعينان فيه بآلة كالمكيال والميزان.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

الجزاف يجوز العقد عليه سواء كان المبيع موضوعاً على الأرض أو

---

(1) الموطأ: 2: 161 ـ رقم 1854 (بتصرف).

موضوعاً في ظرف. فالقمح والتمر يجوز العقد عليهما[1] وإن كانت الصبرة المصبرة من كل واحد منهما موضوعة على الأرض يحيط البصر بجميع جوانبها. وكذلك يجوز بيعهما ولو كانا في غرارة أو شبهها، لأن المعتمد في هذا على الحزر الذي يحزره العارف. ولا تختلف معرفة العارف بهذا بكون القمح موضوعاً في الأرض أو في غرارة أو في جَفْنَةٍ. لكن **ابن المواز** لما أجاز هذه، قال: لو عقد البيع على أن يملأ له غرارة فارغة قمحاً موصوفاً أو مشاهداً ما جاز ذلك. وكذلك قال في الزيت: إنه يجوز بيع قارورة منه مملوءة زيتاً يعقد البيع على زيتها، ولو كانت فارغة ما جاز له أن يشتري ملأها من الزيت. وكذلك لو اشتراها مملوءة جزافاً ما جاز له أن يعقد على ملئها ثانية.

وهذا قد يهجس في النفس استبعاد الفرق بين ما أجاز وما منع. إذ لا يختلف حزر الحازر لزيت في قارورة أو حزره لمقدار ملئها، لكن قصارى ما يفرق بينهما[2] به، أن المقصود تغير أحكام العقود/ على حسب ما قدمناه مراراً. وإذا كانت القارورة مملوءة زيتاً والغرارة مملوءة قمحاً، صار/ المبيع جزافاً مرئياً مشاهداً. فالقصد العقد على مرئي مشاهد فتطلب معرفة مبلغه بالحزر والتخمين حتى إذا كانت القارورة فارغة فالمشترَى جزافا غير مرئي ولا مشاهد، فالقصد العقد على قمح مكيل بمكيال غير معلوم مقداره في المكيال الذي اعتادا به التبايع. فصار ها هنا القصد إلى التغارر لكون المبيع غير مرئي ولا مشاهد، حتى إذا كان مشاهداً مرئياً صار العقد على ما شاهد ورأى، لا العقد بمكيال مجهول. لكنه استثنى في **المدونة**، لما منع البيع بمكيال مجهول، بمكيال غير معروف من الأعراب لكون المكيال عندهم يتعذر وجوده، فعفي عن ذلك للارتفاق ورفع المشاق، مع كون هذا مجهولاً في نفسه.

واختلف المذهب لو وقع التبايع بمكيال مجهول المقدار، هل يفسخ البيع

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب حذف الواو.

(2) في نسخة ب: ما بينهما.

أم لا؟ فذهب أشهب إلى أنه لا يفسخ، تقريباً منه حكم هذا من أحكام الجزاف، والجزاف جائز كما قدمناه. ورأى غيره أنه يفسخ، لأن العدول عن المعتاد من المكيال إلى المجهول منها قَصْدٌ إلى الغرر والمخاطرة. وقد حاول بعض المتأخرين أن يجعل فيما حكيناه عن ابن المواز اضطراباً في المذهب. هل منع شراء ملء قارورة وحل[1] غرارة لكونه جزافاً غير مرئي، أو لكونه تبايعاه بمكيال مجهول المقدار؟ وذكر الرواية الواردة يمنع أن يبيع منه قمحاً مكيلَ هذه الصبرة. وأجاز ذلك في سلة عنب أن تشتري سلة عنب مملوءة ويملأها له ثانية، وما ذلك إلا لكون العنب مما لا يكال. فلم يقصدا في اشتراطهما ملأها ثانية إلى البيع بمكيلة مجهولة، والقمح مما يكال. فإذا اشترى كيلاً مثل الصبرة المعقود عليها، صار[2] هذا كالعقد بمكيال مجهول. وهذا الذي قاله في الصبرة يفتقر إلى بسط، ولعلنا أن نبسطه في أحكام الصبر إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

إذا استوى المتعاقدان في العلم بكيل المبيع لم يكونا عقَدا على جزاف. وإن استويا في الجهل بكيله كانا عقدا على الجزاف وإن انفرد أحدهما بعلم كيله فإنهما ليسا بمتجازفين فلا يجوز العقد على هذا عندنا.

وأجازه أبو حنيفة والشافعي.

ولا يخلو انفراد أحدهما بعلم ذلك: إما أن يشترط على المشتري أنه لا يخبره بما علم من مبلغ الكيل ويَكِله إلى حزْر نفسه. أو يكتم أنه يعلم. ذلك ثم يطلع على ذلك بعد العقد.

فأما إن اشترط عليه في أصل العقد أنه يعلم بالكيل ولا يعلمه بذلك، فإن البيع فاسد لأجل أنهما عقدا على مخاطرة وغرر. وقد نبهنا عليه فيما تقدم من كون المشتري إنما ينشط خاطره للشراء، ويعتقد أنه لم يغبن إذا علم أن البائع

---

(1) هكذا في جميع النسخ. ولعلّ الصواب: وملىء غرارة.

(2) في م: جاز.

منه إنما يعوّل على الحزر والتخمين كما عول هو عليه. حتى إذا علم أن البائع يعلم بالكيل حقيقة لم يجبر على العقد ولم يتق بحزره وتخمينه ويسبق إلى نفسه أن البائع لما علم أنه أخطأ في حزره على نفسه أنعم له بالبيع. وأما إذا لم يشترط العلم بذلك وكتمانَه، ولكنه اطلع على علم البائع بذلك بعد العقد، فإنه عندنا عيب في المبيع يكون للمشتري الخيار. إن شاء التزم البيع وإن شاء رده، لما نبهنا عليه من كون المشتري لم يدخل إلا على أن البائع معول على الحزر مثل ما عول هو عليه. وانفرد **الأبهري** ولم يَرَ هذا كالعيوب التي يكون للمشتري الخيار في الرد بها إذا اطلع عليها بل جعل ذلك مفسداً للعقد كما يفسده اشتراط العلم وكتمانه. وأشار إلى أنه خطر وغرَرٌ بخلاف العيوب.

والمعروف من المذهب أن هذا الحكم عندنا جار في انفراد علم المشتري بالكيل لجريانه في انفراد علم البائع به، وأن للبائع الخيار أيضاً إذا اطلع على انفراد المشتري بعلم ذلك. ورأيت بعض أصحابنا حكى فيه عن بعض أهل المذهب خلافاً. ورأى أن البائع لا خيار له، لأن الانفراد بالعلم كعيب يوجب الخيار كما قدمناه، لكون البائع أيضاً إنما دخل مع المشتري على أنه يساويه في الجهالة بمبلغ المبيع. وذكر القاضي أبو محمد عبد الوهاب أن القاضي كان يعارض هذا ويراه كالممتنع في المذهب، لأجل/ قولهم: إن البيع يفسد إذا اشترط البائع أنه لا يذكر للمشتري ما علم، مع قولهم: إنه إذا اطلع على علمه بعد العقد كان بالخيار في الرد والإمضاء. وإذا قدروا انفراد البائع بعلم عيب يوجب للمشتري الخيار إذا اطلع عليه فإذا اشترطه/ في أصل العقد فينبغي أن لا يكون للمشتري مقال في صحة هذا البيع ولا في رده. كما إذا بين البائع العيب في أصل العقد.

وأجاب القاضي أبو محمد عبد الوهاب عن هذا بأنه غير ممتنع أن يكون الشيء يفسد العقد إذا قارنه ولا يفسده إذا اطلع عليه بعد العقد. كما قيل في بيع أمة مغنيّة: إنه أن اشترط كونها مغنية في أصل العقد فسد البيع، وإن لم يشترط ذلك ثم اطلع المشتري بعد العقد على كونها مغنية كان بالخيار في إمضاء العقد

أو رده بهذا العيب الذي هو كونها مغنية. وكذلك لو غصب سلعة وباعها ممّن يَظُن أنها مِلْكُه، ثم اطلع على أنها مغصوبة، فإن البيع لا يفسد ويثبت فيه الخيار الذي نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى. ولو شرط البائع كونها مغصوبة، ودخل المشتري على ذلك لفسد البيع. فأنت ترى كيف كان الاطلاع على هذه الأمور بعد العقد لا يؤثر في صحته. [والاطلاع[1] عليها في أصل العقد يؤثر في صحته]. وهذا الذي ذكره رحمه الله في شراء السلعة المغصوبة وشراء المغنية نبسط الكلام فيه في موضعه، ونكتة الأمر فيه أن اشتراط هذا بها عدداً أو وزناً، فقد علم من علم عددها مقدار ما يحصل بها من الأعواض. وعلمْه بذلك ربّما أغنى عن علمه بالوزن، ولم يفده العلم بالوزن شيئاً، فإذا انفرد العلم بهذا، صار المشتري أيضاً لم يدخل معه على أنه يعلم عددها فيعلم بذلك مقدار ما يحصل له من الأعواض، وإنما يدخل على أنه لا يعلم هو ولا البائع مقدار ما يحصل بها من الأعواض. فهذا مما ينظر فيه. كتمان ما علم من كيل الصبرة في أصل العقد يوقع في التخاطر والغرر الذي نبهنا عليه، والاطلاع على ذلك بعد العقد يدفع كون العقد وقع على غرر.

وقد قال بعض المتأخرين: إن البيع لو كان له مبلغان يباع عليهما فعلم البائع أحد المبلغين دون المشتري وبايَعه على المبلغ الآخر جزافاً، فإن ذلك يجوز، ولا مقال فيه للمشتري. ومثَّل هذا بدراهم تباع ببلد وزناً وعدداً فباعها على الوزن مجازفة وهو منفرد بعلم العدد، ورأى أن المتبايعين لما استويا ها هنا في الجهل بالمبلغ الذي تجازفا فيه لم يكن في العقد قدح ولا خيار.

وهذا الذي قاله فيه نظر على التّعليل الذي قدمناه. لأن الدراهم إذا كانت يتبايع بها عدداً أو وزناً، فقد علم من علم عددها مقدار ما يحصل بها من الأعواض. وعلمه بذلك ربما أغنى عن علمه بالوزن، ولم يفده العلم بالوزن شيئاً. فإذا انفرد العلم بهذا صار المشتري أيضاً لم يدخل معه على أنه يعلم

(1) ما بين المعقفين ساقط من نسخة م.

عددها، فيعلم بذلك مقدار ما يحصل له من الأعواض. فهذا مما ينظر فيه.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

قد قدمنا أن البيع مجازفة فيه غرر رخص فيه للارتفاق ورفع المشاق. وما جرى على هذا الأسلوب يجب أن لا يوسع الغرر فيه إلا بمقدار مسيس الحاجة إليه. فإذا باع صبرة قمح منفردة أو صبرة قمح وصبرة تمر في عقد واحد وثمن متفق أو مختلف، جاز ذلك لما تمس الحاجة إليه للمجازفة في هذين المكيلين القمح والتمر. فلو أضاف إلى صبرة القمح جنساً آخر أو نوعاً منها، مكيلاً أو موزوناً، فإن هذا فيه اختلاف في المذهب، هل يجوز ذلك أم لا؟ فمن أجازه رأى أن الغرر لم يكثر بإضافة هذا المكيل إلى هذا الجزاف. ومن منع من هذا رأى أن المكيل معلوم مبلغه قطعاً، والجزاف يظنّ مبلغه بالحزر. واجتماع معلوم ومظنون في عقد واحد يصير في المظنون تخاطراً لم يكن فيه إذا انفرد، مع كونهما كحكمين مختلفين. وكذلك لو أضيف إلى المكيل ثوباً أو عرضاً، فإن المذهب يختلف على قولين فيه أيضاً، كإضافة المكيل إلى الجزاف. وقد كنا قدمنا في كتاب السلم الأول التنبيه على إجازة ذلك في **المدونة** في مسألة من أسلم في شعير وثوب، وأنه أجاز في هذه المسألة اجتماع مكيل وعرض. وهذا قد وقع في كتاب **ابن المواز** المنع منه. وقد وقع **لابن القاسم**، فيمن باع صبرة على الكيل ومعها ثوب، أن ذلك لا يجوز إذا كان يأخذ جميع الصبرة على الكيل، لكونه لا يعلم مبلغها. فصار إضافة الثوب إليها يؤكد الغرر في هذا العقد. وأجاز ذلك **أشهب**، وهذا ليس ببيع صبرة على الجزاف ولكنها على الكيل. لكن الوقوف على مبلغ المكيلة[1] لم يتحصل فصار ذلك يثبت في العقد غرراً لما انضاف إليه ما سواه.

وقد قال/ **أبو حامد الإسفراييني**: لا يجوز بيع صبرة قمح على الكيل، كل قفيز بدرهم على أن يزيده قفيزاً، إلا أن القفيز المشترط زيادته مقسط على سائر الأقفزة، وهو لا يعلم مبلغها؛ فصار كأنه اشترى قفيزاً ومعه شيء لا يوقف على

(1) الكميّة في نسخة م.

حقيقته من القفيز المشترط زيادته. فتضمن هذا جهلاً بالمبيع فمنع.

وقد أشرنا نحن إلى ما قاله **ابن القاسم** في بيع صبرة على الكيل ومعها ثوب وهو من هذا الأسلوب. لكن **أبا حامد** قال: وكذلك لو باع صبرة على الكيل، كل قفيز بدرهم واستثنى منها قفيزاً لم يجز ذلك. وأجرى النقص ها هنا مجرى الزيادة. فأما الزيادة فالذي علل به يتصور، وقد ذكرنا ما وقع في المذهب من هذا الأسلوب. وأما النقص فيفتقر إلى بسط. فإن قيل: إن المستثنى كالمشترى/ فإنه قد يتصور ما قال كما تصوره في الزيادة. وهذا إنما يتضح عند الكلام على المستثنى هل هو مبقى أو مشترى؟

قال القاضي أبو محمد رحمه الله: ويجوز تصديق المشتري للبائع في كيله إذا كان ينقد ويكره في النَّساء.

قال الشيخ رحمه الله: يتعلق بهذا الفصل سبعة أسئلة، منها أن يقال:

1) لم جاز التصديق في النقد؟
2) ولم كُرِهَ في النساء؟
3) وهل يجوز التصديق في السلم؟
4) وهل يجوز التصديق في بيع الطعام بالطعام؟
5) وهل تصديق البائع للمشتري كتصديق المشتري للبائع؟
6) وإذا اختلفا في قدر المكيلة بعد التصديق القول قول من يكون منهما؟
7) وإذا حَضَرَ المشتري الكيلَ هل له أن يطالب به البائع؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

إذا اشترى الطعام كيلاً بثمن نقد، فأراد المشتري أن يقبله بقول البائع: فيه من المكيلة كذا وكذا، فإن ذلك سائغ له. وذكر ابن حبيب أن القاسم بن محمد وغيره استثقل هذا، وأن كثيراً من التابعين أجازوه.

والظاهر عندي من مذهب الشافعية أنهم يمنعونه. وكان الشيخ أبو الحسن المعروف باللخمي رحمه الله يكره ذلك وإن كان الثمن نقداً، ويرى أن الزمان فسد، وإباحة التصديق في هذا توقع المتبايعين في النزاع والمخاصمة والأيمان،

وقد أمر الله سبحانه بالإشهاد في التبايع رفعاً للخصام والأيمان.

وهذا الذي اعتل به يمكن أن يكون إليه نحا القاسم بن محمد. على أن مالكا رضي الله عنه ذكر في الموطأ أن هذا جائز في بياعات النقد. ثم أشار إلى أن المنع من ذلك في بياعات النساء حماية للذريعة فيما يتخوف من الربا[1]. ثم قال: والذريعة في بيع النساء أبين. وهذا اللفظ ربما اقتضى أن في بيع النقد ذريعة ولكنها لا تَبَيَّنُ كبيانها في بيع النساء. والذي نذكره من التعليل في بيع النساء قد يصلح إجراؤه في بيع النقد.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

قد ذكرنا في السؤال الأول ما أشار إليه مالك رضي الله عنه في تعليل النهي عن التصديق في المكيلة في بيع النساء. وبسط كلامه أن الطعام إذا بيع نسيئة ربما اطلع المشتري على نقص في الكيل فيقف على ذكره والخصام فيه لئلا يسترد البائع طعامه، ويسيء اقتضاءه الثمن عند حلول الأجل، لأجل ما قدم المشتري من طلب حقه في النقص، فيتجافى المشتري عنه رجاء: في مسامحة البائع في الاقتضاء والتأخير في الأجل. فيكون تجافيه عن طلب هذا كهدية المديان وهي زيادة منه يرجو بها التأخير. فضارع ذلك ربا الجاهلية، وهو قولهم: تقضي أو تُرْبِي. مع أنه أيضاً أخذ مكيلة مجهولة المقدار عنده في حكم اليقين والقطع، ويمكن أن يكون أقل مما اشترى من الكيل أو أكثر، فيصير أخذ طعاماً في أكثر من الطعام الذي اشترى أو أقلّ. فضارع ذلك ربا الفضل[2].

وهكذا رأيت أصحاب الشافعي عللوا أخذ الطعام من الغريم على التصديق بأن قالوا: أخذ ما لا يَدري هل هو مثل حقه أو أقل؟ فنهي عن ذلك لأجل هذا. وهذا التعليل يشير إلى ما قدمناه عنهم من أن هذا يجري في بيع النقد. ويكون هذا تعليلاً أيضاً لما حكيناه عن القاسم بن محمد وغيره.

---

(1) الموطأ: 1971 ص، 20 ج 2.

(2) والنِّساء في م.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

اختلف في التصديق في الطعام المسلم فيه. فأجازه في **المدونة** ومنعه في **الموازية**. فإذا عللنا، لما أشرنا إليه وبسطناه/ من تعليل مالك رضي الله عنه في بيع النساء، فإنه قد يجد نقصاً فيصفح عنه رجاء أن يؤخره بالثمن المؤجل، لم يطرد هذا في السلم لقوله: لا دين يبقى بينهما بعد قبض الطعام المسلم فيه. وأمّا إن عللنا برفع الخصام والأيمان، فإنه يحسن النهي عن هذا في السلم وفي بياعات النقود[1] ـ على حسب ما قدمنا. ولكن بياعات النقود[1] ـ لم يختلف فيها من تقدم من أصحابنا كما اختلفوا في السلم. فيطلب في السلم معنى آخر، وما ظهر فيه وجه سوى أن الطعام المشترى فيه غير معين كما يكون في بياعات النقود[1] ـ وإنما يعطيه طعاماً من ذمته يطابق الصفة التي تواصفاها في أصل عقد السلم: فقد يعطيه أجود من الصفة التي يقضى بها عليه عند المشاحة. فإذا اطلع على النقص تجافى عنه لئلا يسترد الطعام الذي هو أجود مما له في ذمته فيقعان بذلك في الربا لأن الأخذ في السلم طعاماً أجود وأقل كيلاً لا يجوز. هذا حكم التصديق فيما في الذمة..

وأما التصديق في رأس مال السلم فاختلف الأشياخ فيه. فذكر عن الشيخين أبي محمد بن أبي زيد وأبي الحسن القابسي رضي الله عنهما أنهما أجازا دفع دينار في طعام على تصديق قابض الدين دافعه في وزنه. وإنما ينهى عن دفع الدينار بغير وزن ولا يعرفان وزنه، فيكون هذا جهالة في الثمن. أو كبيع/ الدنانير جزافا. وخالفهما غيرهما ونهى عن ذلك. وما أراه إلا أنه قدر أن قابض الدنانير قد يطلع على نقص فيه[2] فيتجافى عن طلبه رجاء أن يؤخره بالسلم. وقد قال الشيخ أبو القاسم بن الكاتب في الطعام المسلم فيه: إنه لو قدمه قبل الأجل لنهي عن التصديق فيه لئلا يقعا في: ضع وتعجل. فإذا اطلع

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: النقد.

(2) الملاحظ: عدم التوافق بين الضمير المفرد ومعاده: الدنانير؛ جمعاً.

على نقص صفح عنه لأجل تعجيل الدين قبل أجله.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

اختلف في المذهب في جواز التصديق في كيل الطعام إذا بيع بطعام آخر أو بودل به. فقال مالك: لا يجوز. وبه قال ابن كنانة. واختاره سحنون. وقال ابن القاسم وابن الماجشون: بل يجوز. واختاره أصبغ.

وسبب الخلاف في هذا أنك قد علمت ما قدمناه في كتاب السلم الأول. أن من شرط بيع الطعام بالطعام المناجزة ـ قبل الافتراق. وهذان إذا تراضيا على أخذ الطعام بما يقوله البائع، فإن المشتري إذا اختبره بعد الافتراق فاطلع على نقص خاصم فيه وطلب البائع به، فيكمله له، إن ثبت النقص، طعاماً، أو يرتجعه ثمناً. فقد حصل الافتراق ولم ينقطع التعلق بين البائع والمشتري، فلم يحصل التناجز عند مالك. وحصل عند ابن القاسم، لأجل أنه لو لم يفارقه حتى اكتال الطعام لصح البيع باتفاق ولم يكن قدح. فكذلك إذا صدق المشتري البائع في الكيل، فإن ذلك يحل محل مشاهدة الكيل. ولهذا لم يصدق في دعواه النقص بعد الافتراق.

وعلى هذا الأسلوب من التعليل جرى اختلاف المذهب في التصديق في الصرف في مبايعة الدنانير بالدراهم.

ومن هذا المعنى ما وقع من الاختلاف في الطعام إذا قبضه المشتري على تصديق البائع في كيله ثم أراد أن يبيعه في الحال قبل أن يغيب عليه، فإن مالكا رضي الله عنه منع من ذلك حتى يغيب عليه، وأجازه ابن القاسم. جَرْياً من مالك على التعليل الذي ذكرناه من كون التصديق لا يقطع التعلق الذي بين البائع والمشتري في هذا المبيع، لكونه يذهب به فيختبره فإذا وجد نقصاً طلب به فلم يحصل القبض على التمام. ورأى ابن القاسم أن التصديق يحل محل مشاهدة الكيل، ولو شاهد الكيل وقبضه بعد أن اكتيل عليه لم يُمنع من البيع وإن لم يغب

عليه، فكذلك إذا قبضه على التصديق وإن لم يغب عليه.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

إذا دفع البائع الطعام، ووكل كيله للمشتري، وصدقه فيما يزعم أنه وجده فيه من الكيل، فإنه لا يخلو ذلك أن يكون يتأخر فيه الكيل المدة الطويلة، أو إلى غاية بعيدة يبلغها، أو يكتاله المشتري بعد/ مضي زمن قريب من العقد. فإن اشترط تأخير الكيل زمناً طويلاً فإن ذلك لا يجوز، لأن الطعام في ضمان بائعه حتى يكتال. وبيع المعيَّن بشرط أن يبقى في ضمان البائع أمداً طويلاً لا يجوز. وقد قدمنا ذلك فيما مضى وأشرنا إلى علته. [وإذا اشترط الكيل إلى أمد قريب من العقد، ارتفعت هذه العلة فلم يمنع[1]]. وإن اشترط الكيل إلى أمد قريب فلا يخلو أن يشترط المشتري أنه إن وجد نقصاً رجع بمقداره من المبيع، أو بمقداره من الثمن.. فإن شرط الرجوع بمقداره من المبيع، وكان ما يرجع به حاضراً عند البائع، وهو من الجملة التي باع ما قبضه المشتري منها، فإن ذلك جائز. إذ لا مانع يمنع من هذا حتى إذا لم يكن ذلك عند البائع، صار ذلك من بيع ما ليس عندك.

وإن شرط المشتري أنه ينحط عنه مقدار النقص من الثمن، فإن كان لم ينقد البائعَ جاز ذلك، إذ لا مانع أيضاً يمنع من هذا الاشتراط. وإن كان قد نقد البائع، وعقدا البيع على هذا، فإن ذلك لا يجوز، لجواز أن يجد نقصاً فيسترد بعض ما نقد من الثمن، ويكون ذلك بيعاً وسلفاً. إلا أن ينقد من الثمن ما يُؤْمَنُ معه رد شيء منه، للعلم بأن ما قبض يقابل ما دفع من الثمن ويربي عليه. وقد وقع في المدونة لابن كنانة النهي عن هذا من غير تفصيل، وأشار إلى أنه يكتب عليه ذكر الحق بما لم يتحصل عليه يقيناً. قال: وفيه وجه آخر وأبواب من الفساد.

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط في (م) وهو أقرب للصواب.

وتعليله بأنه يكتب ما يمكن أن يسقط عنه بعضه ليس من العلل اللازمة، لأنهما قادران أن لا يكتباها وثيقة بهذا الثمن، أو يكتباها ويشيرا فيها إلى أن الثمن لم يتحقق وجوب جميعه. لكن قوله وأبواب من الفساد [أن][1] أشرنا نحن إليه في هذه التفاصيل الممنوعة فهو مما بيّنّا. ولكن لا يحسن إطلاق الجواب في مواضع يجب فيها التفصيل.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

إذا قبض المشتري الطعام على تصديق البائع في كيله، ثم زعم أنه وجده ناقصاً، فإن شهدت بينة تصديقه[2] رجع بالقبض مكيلة، إن كان المقبوض طعاماً في الذمة أو طعاماً معيناً من صبرة قد بقي بعضها. وإن كان طعاماً قبض جميعه، فإنه يرجع بمقدار النقص ثمناً. وإن لم تشهد بينة بصدقه فإن القول قول البائع. ومذهب **الشافعي** أن القابض إذا صدق غريمه ثم ادعى نقصاً أن القول قول القابض، لأجل أن الطعام في ذمة البائع، وحق عليه يجب أن يوفيه. ونحن على شك: هل صدق في التوفية أو كذب، فلا يبرأ من حق وجب عليه بالشك.

ونحن نقول: إذا صدّق البائعَ في كيله فقد أقر بخلو ذمة البائع من حقه فليس له تعميرها بعد إقراره بخلوها من حقه. لكن رأيت **أبا حامد الاسفراييني** ذكر أنه إذا كانت لزيد على عمرو عشرة فوزنها له، فلما انصرف بها زيد زعم أنه وجدها تسعة، فحكى عن **مالك** أن القول قول القابض. وعن **أبي حنيفة** أن القول قول البائع. وحكى عن مذهبهم قولين، وقال: إن الصحيح منهما أن القول قول الدافع. قال: وبه أُفْتِي.

وهذا الذي ذكره عن مالك بعيد من أصوله. وما حكاه (عنه[3] أحد) من أهل المذهب. ويعتل لأحد القولين عندهم في تصديق القابض بما قدمناه من

---

(1) ساقطة من م. ولعلّه أولى.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بتصديقه.

(3) في الأصل وفي. م: عنه أدّته. وصوّبناه: عنه أحد.

كون ذمة الدافع عامـرة فلا يصدّق في خلوها إلا ببيان. ولم يختلف القول عندهم في العيب فيما قبض أنه لا يصدق، وفي كونه وجد الدراهم زيوفا، لأن هذا دعوى عيب في المقبوض والظن[1] السلامة منه. وذكر أيضاً أنهم يمنعون بيع الطعام المقبوض على التصديق، واعتل بما عللنا به مذهب مالك رضي الله عنه من كون المعلق لم ينقطع، فصار القبض لأجل هذا قبضاً ليس بتمام.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال:

ذكر أصبغ: أن من اشترى طعاماً ذكر له البائع كيله أن هذا لا يدفع عن البائع ما وجب عليه من كيله للمشتري، وأن العقد على ما ذكر من هذا ليس بتصديق من المشتري للبائع. لكن لو صدق المشتري البائع والتزم أخذه على التصديق/ للبائع، فإنه قد سقط حقه في وجوب الكيل على البائع. ولو حضر المشتري كيل هذا الطعام على البائع منه، لكان من حقه أن يطالب البائع بأن يكيله عليه لأجل حقه أنه يضمنه له حتى يكتال، ولأنه قد يكون البائع سامح من المُشْتَرِي منه مسامحة لا يرضى بها هذا المشتري الذي حضر الكيل، فإذا صدق البائع والتزم أخذه على التصديق، لم يُمَكَّنْ من الرجوع عن ذلك لما يتعلق للبائع من فائدة في هذا التصديق/ وهو سقوط الضمان عنه، ومنع المشتري أن يشاحّه في الكيل ويطلبه بالنقص.

قال القاضي أبو محمد رحمه الله.

وإذا اختلف المتبايعان فلا يخلو اختلافهما أن يكون إلى[2] ما يؤدي إلى فساد في العقد أو إلى نَفْي لزومه أو إلى سقوط بعض حقوقه. فإن كان

(1) والظّاهر في م.
(2) فيما في الغاني: فيما.

اختلافهما (مما)[1] يؤدي إلى فساد العقد مثل أن يقول أحدهما[2] بعت لك هذه السلعة ولم ترها ولم أصفها لك أو بثمن إلى أجل مجهول[3] وما أشبه ذلك، ويدعي الآخر أنه قد رآها ووصفت له وأن الأجل في الثمن معلوم، فالقول قول مدعي الصحة منهما مع يمينه. وإن كان اختلافهما فيما ينفي اللزوم مثل أن يدعي أحدهما أنه شرط الخيار لنفسه وينكر الآخر ذلك، فالقول قول من ينكر، وعلى مدعي اشتراطه البينة. وإن كان ذلك في حق من حقوق العقد فإن كان ذلك في عين الثمن وجنسه تحالفا وتفاسخا. وإن كان في مقداره فالأظهر من المذهب أنه إن كان قبل القبض تحالفا وتفاسخا. وإن كان بعده فالقول قول المشتري مع يمينه[4]. وإن كان الاختلاف في قبض الثمن رُجِع إلى العرف في موضعهما وحلف من يشهد له العرف منهما. وإن لم يكن عرف فالقول قول البائع مع يمينه.

قال الشيخ رحمه الله: يتعلق بهذا الفصل سبعة أسئلة منها أن يقال[5]:

1) الاختلاف في الأعواض يكون في الماهية والكمية والكيفية والزمان والمكان والايصال والأحكام.

2) فالماهية اختلاف المتبايعين في جنسين، مثل أن يقول البائع: بعتك بمائة دينار مائة قفيز تمراً، ويقول المشتري: بل اشتريت منك بها مائة قفيز قمحاً.

3) والاختلاف في الكمية أن يقول البائع: بعتك ثوبي هذا بعشرة دراهم، ويقول المشتري: بل بعته منّي بثمانية دراهم.

---

(1) في الغاني: فيما.
(2) ساقطة في الغاني.
(3) أو في الغاني: أو.
(4) مثبتة في الغاني ساقطة من الأصل ومن م.
(5) لم يذكر النص الأسئلة على عادته. وكذلك دخل في الجواب عن السؤال الأول. دون ذكر ما اعتاده من قوله: والجواب عن السؤال الأول.

4) والاختلاف في الكيفية أن يقول البائع: أسلمت إليَّ عشرة دنانير في عشرة أقفزة محمولة، ويقول المشتري: بل بعته منّي إلى شهرين، أو يقول البائع: بعته منك بثمن حالٍّ، ويقول المشتري: بل إلى شهر.

5) والاختلاف في المكان، مثل أن يقول البائع: أسلمت إليّ في عشرة أقفزة قمحاً نأخذها بمكة، ويقول المشتري: بل بالمدينة.

6) والاختلاف في الإيصال أن يقول المشتري: دفعت الثمن، ويقول البائع: لَم أقبضه، أو يقول البائع: سلمت لك السلعة، ويقول المشتري: لم تسلمها إليّ.

7) والاختلاف في الأحكام أن يقول المشتري: عقدنا حلال ويقول البائع: بل حرام.

فكان مقتضى هذا الترتيب أن نبدأ بالكلام على اختلافهما في الماهية، وهي قوله: ما الشيء، قبل الكلام في الكمية وهي قولنا (. . .)[1] كيف الشيء؟ وللسؤال عن الماهية قبل الكمية والكيفيّة، وهو قد بدأ فيها بالكلام في الاختلاف في الكمية.

واعلم أنّ اختلاف المتبايعين [2] لا يخلو أن يختلفا في ذلك والسلعة بيد البائع [3] أو قبضها وانصرف بها، ولم تتغير في نفسها ولا سوقها أو تغيرت [4] أو سوقها. فهذه الأربعة أقسام في كل قسم في المذهب عندنا قولان، هل يجب [5] أو يصدق فيه المشتري سوى اختلافهما [6] والسلعة في يد البائع فإنه لا خلاف عندنا وعند فقهاء الأمصار أن الحكم التحالف والتفاسخ. وذهب أبو ثور إلى أن القول

---

(1) بياض في الأصل وفي م. ولعلّ تقديره: ما هو الشّيء.
(2) بياض في الأصل وفي م.
(3) بياض في الأصل وفي م. ولعلّ الساقط: أو بيد المشتري.
(4) بياض بمقدار كلمة في النسختين. ولعلّ الساقط: في نفسها.
(5) بياض في النسختين، ولعله: أن يصدق فيه البائع.
(6) هكذا في النسختين.

قول المشتري في مقدار الثمن. وهذا نوع يضبط به الخلاف في هذه المسألة. وإن شئت أن تقول: في المذهب خمسة أقوال في هذه المسألة:

أحدها: أنهما يتحالفان ويتفاسخان ما لم يقبضها المشتري. وإذا قبضها صُدق في الثمن.

والقول الثاني: أنهما يتحالفان/ ويتفاسخان إلا أن يَبِينَ بها المشتري فيصدق. وهذه الرواية مذكورة عن مالك في كتاب المكاتب من المدونة. ويشير بعض الأشياخ إلى أن قوله في كتاب الرواحل والدواب حكاية عن قول غير ابن القاسم إذا قال: بعت منك بهذه المائة التي قبضتها مائة إردبّ إلى سنة. وقال المشتري: أكثر من ذلك. أن قوله: بهذه المائة، يشير إلى أنهما لم يفترقا حتى اختلفا؛ ولم يجعلهما يتحالفان ويتفاسخان. وهذا التعليل إن كان هو الذي أراد بما أشار إليه في كلامه فإن فيه احتمالاً وقد يكون افترقا ثم عاد القابض فأشار إلى المائة وخالف في المشتري بها.

والقول الثالث: أنهما يتحالفان ويتفاسخان وإن قبضها المشتري وبان بهما، إلا أن يفوت بتغير سوق أو بدن فيكون القول قول المشتري. هذه رواية ابن القاسم عن مالك، وبها أخذ ابن القاسم، وهي مذهب أبي حنيفة وتبعه تلميذه القاضي أبو يوسف.

والقول الرابع: أنهما يتحالفان ويتفاسخان وإن فاتت. روى هذا أشهب عن مالك، وبه أخذ أشهب، وهو مذهب الشافعي، وتابعه محمد بن الحسن تلميذ أبي حنيفة. وهذا المذهب الذي كان يفتي به شيخنا رحمه الله، وأنا أفتي به أيضاً.

والقول الخامس: أنهما يتحالفان ويتفاسخان إذا كانت السلعة قائمة وادعيا جميعاً ما يشبه. فأما إن ادعى أحدهما ما لا يشبه وادعى الآخر ما يشبه، فإن الذي ادعى ما يشبه هو المصدق فصار هذا قولاً خامساً إذا ادعى أحدهما ما يشبه والآخر ما لا يشبه. فأما إذا ادعيا جميعاً ما يشبه فليس في المذهب سوى

الأربعة أقوال التي ذكرنا.

وسبب هذا الخلاف تعارض آثار وطرق أعيان. فأمّا الآثار فإنه عليه السلام قال: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] وهذا وإن لم يرد فيما نحن فيه من هذه المسألة فإن عمومه يحسن أن ينطبق عليها، فيقول مالك في أحد أقواله، والشافعي الموافق له على هذا القول: كل واحد من هذين المتبايعين مدع ومدعى عليه، فالمشتري يدعي البائع عليه زيادة في الثمن، فإذا قال البائع: بعتك هذه السلعة بمائة، وقال المشتري: بل بخمسين فلا شك أن المشتري مدعى عليه بخمسين وهو ينكرها، فعلى البائع البينة لكونه هو المدعي لها، وعلى المشتري اليمين في إنكارها. وكذلك حال البائع فإنه مدعى عليه أنه باع سلعة بخمسين، ونقل ملكه عنها بهذا المقدار، وهو يقول: لم أبعها إلا بمائة، وإنما نصفها هو المبيع بخمسين، والملك قد ثبت في الأصل له، فهو مدعى عليه فيه فيكون القول قوله فيما أنكر من ذلك، وعلى المشتري المدعي [2] أن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه. وقد ورد هذا الحديث [3] هذا تحليفهما جميعاً على ما أنكراه وتبقى كل منكر مصدقاً فيما أنكره [4] يقتضي الفسخ. وهذا التصوير واضح معقول/ المعنى وواضح دخوله [5] عند من قال بالعموم. وإذا تقرر هذا التصوير واشتمال الحديث عليه، فهذا في حال فوت السلعة على حسب ما تصور في قيامها من غير فرق بينهما [6] التحالف والتفاسخ وإن فاتت السلعة. ويعضد هذا الاستدلال الاتفاق على أن رجلاً إذا قال لآخر: بعت منك سلعتك بكذا وكذا،

---

(1) فتح القدير: 3/225 حديث: 3226.
(2) بياض في النسختين مقدار ست كلمات.
(3) بياض في النسختين مقدار ست كلمات.
(4) بياض في النسختين مقدار ست كلمات.
(5) بياض في النسختين مقدار ست كلمات.
(6) بياض في النسختين مقدار ست كلمات.

وقال صاحب السلعة: لم أبعها منك أصلاً، فإن القول قول صاحبها في إنكار بيعها جملة، فكذلك إنكاره في بيعها، إلا على الصفة التي ذكرها. وأيضاً فإنهما لو اختلفا في جنسين لتحالفا لأن البائع إذا قال: بعت منك تمراً، وقال المشتري: ما اشتريت منك منك إلا قمحاً، وكل واحد منهما ينكر صاحبه فيحلف على ما أنكر، فكذلك اختلافهما في الثمن لأن البيع بمائة غير البيع بخمسين، فصار ذلك كعقدين مفترقين اختلفا فيهما، فلا بد من تحالفهما، فيحلف كل واحد منهما على ما أنكر من العقد الذي ادعى/ عليه به. على أن هذا قد يجاب عنه بأن يقال: هما متفقان على أن لم يكن بينهما سوى عقد واحد، فلم يتضمن اختلافهما (سواه عزى)[1] البائع على المشتري عمارة ذمته بدراهم لم يقر بهما فيجب تصديق المشتري المدعى عليه وهذا المعنى الذي قاد أبا ثور إلى أن جعل القول قول المشتري بمجرد اتفاقهما على أن العقد قد وقع، ويزعم أنهما متفقان على أن الملك انتقل للمشتري وما اتفقا عليه لا يقدر فيه تحالف بينهما.

وإذا علم من ناحية العقل، عند تتبع أصول الشرع، أن اليمين إنما يكون فيما اختلفا فيه لا فيما اتفقا عليه، وعُلم ها هنا أنهما متفقان على انتقال الملك لم يتصور بينهما الاختلاف إلا في تعمير ذمة المشتري بدراهم، وهو ينكرها، فيصدق في إنكاره. وكذلك أيضاً يجاب عن استبعاد حال الفسخ مع القيام، وإسقاطه مع الفوت، لأن المطلع على عيب فيما اشتراه له الفسخ مع قيام السلعة، ولا فسخ له مع فوتها، وإنما له الأرش. وينفصل عن هذا بأن العيب الغرض منه استدراك المشتري ظلامة ظلم بها، فمنع[2] القيام يتجه استدراكها بالفسخ، ورد المبيع، ومع الفوت يتجه استدراكها بأخذ قيمة العيب، إذ لا يتصور استدراك ظلامة في رد قيمة السالم من هذه السلعة، بل ربما كان في هذا ضرر عليه، والتحالف في اختلاف المتبايعين في اليمين ليس طريقه طريق

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: سوى ما ادّعى.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فَمَعَ.

استدراك الظلامة، ولا يعرف مَن الظالم منهما فلا ترتفع الظلامة إلا بأن تراث[1] العقد ويفسخاه.

هذه طريقة من رأى الفسخ وإن فاتت السلعة قد أبّنا وجه الحجة فيه من جهة الأثر وطرق العِبر، وأدرجنا في ذلك قول أبي ثور وهو طرف نقيض مع هذا المذهب؛ وما سوى هذين من أهل المذاهب المذكورة يتعلقون أيضاً بأثر آخر وهو ما روى ابن مسعود رضي الله عنه أنه باع من الأشعث شيئاً فاختلفا في ثمنه فحكم المشتري ابن مسعود في المسألة، فقال ابن مسعود: سمعت النبي ﷺ يقول: «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع أو يترادان»[2]. وفي بعض الروايات في هذا الخبر تقييد بقوله: والسلعة قائمة. ودليل هذا الخطاب يقتضي أنهما لا يتحالفان مع فوتها، مع القول بإثبات دليل الخطاب، ويكون هذا المستفاد من دليل الخطاب مخصصاً لعموم قوله «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[3]. وهذا ينظر فيه من جهة أصول الفقه، من القول بدليل الخطاب. وفي تخصيص العموم بدليل الخطاب اضطراب. وهذا مبسوط في كتب أصول الفقه. على أن الحديث قدح في سنده، وذكر أنه مرسل. لكن قد روي أنهما إذا كانت السلعة قائمة؛ وإن فاتت فالقول قول المشتري. وروي إذا اختلف المتبايعان استُحلف البائع، فلو ثبت قوله: فإن استهلكت فالقول قول المشتري، لم يكن هذا تخصيصاً بدليل الخطاب. وروي أنه عليه السلام قال: «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار»[3] ولم يذكر في هذه الرواية أنهما يترادان. وأما الرواية التي فيها «ويترادان» فإنها أيضاً تؤكد الرواية المشترط فيها قيام السلعة، لأن الترادّ تفاعل إنما يكون بين إثنين، وهذا لا يتصور إلا مع كون السلعة قائمة يتأتى ردها ويرد الآخر الثمن، فيكون ترادًّا. وأمّا إذا فاتت فإنما يرد المشتري القيمة، وليست القيمة هي عين السلعة، فينطلق

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بأن يترادًّا.
(2) البيهقي ج5 ص 233/333.
(3) نصب الرية ج4 ص 95 وإرواء الغليل ج 6 ص 257.

عليها حقيقة قوله «ويترادان». فهذا طريقة من منع من التحالف مع الفوت. لكن ما قيل عندنا: إن قبض المشتري يوجب تصديقه وإن لم ينصرف بالسلعة، إنما صار إلى ذلك من قال به، لأجل أنه ترجحت عنده جهة المشتري بالقبض، لأنها لو هلكت في يديه بعد قبضها لضمنها، وضمانه إياها يوجب قوة جهته في هذا الاختلاف. كما قيل: إن من باع سلعة من واحد ثم من آخر، أن الآخر أحق بها إذا قبضها، لأجل ضمانه لها أيضاً، فإن تسليمها للمشتري كالائتمان له على الثمن، لكن القول الآخر أنه إنما/ يصدق إذا بان بها، قدر حقيقة الائتمان في الثمن إنما يتصور إذا ترك البائعُ المشتريَ ينصرف بها، ثم يطلبه بالثمن، ولعل اشتراط الانصراف بها التفاتٌ لقول من قال: المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا. فكأن البيع لم ينعقد إلا بالافتراق.

وأما من ذهب إلى تصديق من ادعى ما يشبه مع قيام السلعة، وهو مذهب مطرف وابن الماجشون واختاره أصبغ، وحكى ابن المواز عن أشهب في اختلافهما في المقدار والجنس: أنه إن عرف صدق أحدهما وكذب الآخر كان القول قول من عرف صدقه. وهذا موافقة لما حكيناه عن هؤلاء، وهو الذي يسبق إلى النفس عند اعتبار أصول المذهب، لأن المذهب مبني على تصديق من شهد بصدقه العرف والعاهة[1]، كما قالوا في اختلاف الزوجين في متاع البيت: إن ما يعرف بالرجال دون النساء يكون للرجل، وما يعرف للنساء دون الرجال يكون للمرأة. واستدل على ملك الحائط الفاصل بين دارين بما تدل عليه العوائد من شواهد القُمُط وغيره[2]؛ فكذلك إذا اختلفا في الثمن يجب أن يصدق من ادعى الثمن الذي الغالبُ التبايع به، دون من ادعى ما لا يتبايع به غالباً في تلك السلعة. ومن خالف هذا المذهب من أصحابنا يرى أن العوائد إنما تجعل أدلة على التصديق عند التنازع إذا لم يترجح أحد المتنازعين على صاحبه بدلالة ينفرد بها؛ والبائع ها هنا قد ترجح جانبه، فإن مِلْك السلعة سابق له وهو يُدَّعَى عليه أنه انتقل عنه بثمن

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: والعادة.
(2) هكذا في النسختين، والأوْلى: وغيرها.

ينكر البيعَ به، فصار دلالة سبق ملكه وحيازته أَرجَحَ من دلالة العرف، لا سيما إن ثبت الحديث بإيجاب التحالف عند التنازع، على حسب ما قدمناه عند ذكرنا الأحاديث. فإنه إن ثبت لم يُعدَل عنه، ولم يردّ شواهد أصول قد أُرسِيَ وجهُ القدح في التعلق بها. وبعض أشياخنا يشير إلى أن هذا الاختلاف في تصديق من ادعى ما يشبه إنما يتصور إذا كانت دعوى من ادعى ما يشبه مما يمكن، لكن الغالِبَ خلافها. وأما إذا كانتْ من الوضوح في الاستبعاد تكاد تلحق بالمحال، فإنه لا يختلف ها هنا أن من ادعى ما لا يمكن، لا يصدق، بل يصدق صاحبه، كمن زعم أنه اشترى سلعة قيمتها ألف دينار بدينار، وهو والبائع عارفان بالقيمة، فإن هذا يكاد يلحق بما لا يمكن، بل يلحق بمن أقر بالبيع والشراء وكتم الثمن، فإنه يصدق من ادعى معرفة الثمن، ويختلف في استحلافه. وقد أشار بعض الشيوخ إلى أن الذي تقرر من الروايات عن مالك ثلاث روايات:

1) تصديق المشتري إذا قبض السلعة وبان بها. وأن هذه رواية ابن وهب.

2) وتصديقه إذا فاتت بحوالة سوق أو تغيُّر بدنٍ. .

3) والتحالف وإن فاتت.

وهذه الثلاث روايات رواها ابن القاسم عن مالك. وغيرُه يشير إلى أنها أربع روايات، وأن ابن وهب روى عنه: أن المشتري إذا قبضها صدّق.

فهذا ضبط الخلاف والكشف عن الطرق التي من أجلها وقع الخلاف.

وإذا وضح لك الحكم في الاختلاف في مقدار الثمن المقصود منه النزاع فيما يجب على المشتري فلنذكر الاختلاف في الثَّمن المقصود منه ما يجب على البائع رده. وذلك يكون بثلاثة وجوه:

أحدها أن يكون بفساد عقدهما ورد الثمن المقبوض، فيقول البائع: إنما كان الثمن ثمانية دنانير وهي التي قبضتُ. ويقول المشتري: بل عشرة، وهي التي دفعتُ إليك. فها هنا يصدق البائع لأن العقد منحلّ، فصار محصول هذا التنازع أن المشتري يدعي على البائع ديناً يستحق أخذه منه، والبائع ينكر ذلك، والمنكر هو المصدق مع يمينه.

والثاني: أن يختلفا في الثمن فيتحالفان ويتفاسخان، ويدعي المشتري على البائع أنه دفع إليه أكثر مما أقر به البائع، فيصدق البائع ها هنا أيضاً، لكون المشتري يدعي ديناً عليه وهو ينكره.

والوجه الثالث: أن يتقايلا في بيع صحيح، ويختلفا في الثمن، فها هنا قال في المدونة: إذا تناقضا السلم واختلفا في رأس المال، فالقول قول البائع. وهذه مسألة/ تنازع الأشياخ في تأويلها، فقال بعضهم: محمل هذا الذي ذكر في المدونة على أنهما تناقضا البيع لكونه منقوضا في الشرع لأجل فساده، فيكون القول قول البائع، لما قدمناه في القسم الأول، ولا يكون في المسألة تعقّب، لأن العقد منتقض وردّ ما نقض واجب، والقول قول غارمه.

وأشار بعضهم إلى أن قوله: تناقضا السلم؛ ظاهره أنها إقالة وقعت باختيارهما، لأن قوله: تفاعلا، يقتضي أن كل واحد منهما دخل في العقد كما دخل فيه الآخر باختياره، كما يقال: تضاربا وتقاتلا. لكن حمل المسألة على أنها إقالة يكون قوله: تناقضا السلم، يشير إلى كونها إقالة تتعقب، لقول سحنون: إذا أسلم إليه في طعام فتقايلا واختلفا في رأس المال أن الإقالة منفسخة. وقال بعض الأشياخ إنما ذكر سحنون كونها منفسخة لأجل النزاع في الثمن الذي وقع به العقد [1] بحكم التقايل بل رده يفتقر فيه إلى خصام وترافع إلى الأحكام[2]، ومن شرط الإقالة في السلم أن يتناجزا في رأس المال، ولا يجوز تأخيره ولا تأجيله لئلا يقع في فسخ دين في دين، وهذا التعليل الذي عللوا به ما قاله سحنون إنما يطرد حيث لا يحضر الخصمين الحكام؛ فلو صورت المسألة في مختلفين في رأس المال وقد تقايلا، والحاكم حاضر يقضي بينهما في الحال من غير تأخير، لبطل هذا التعليل، ومن حق التعليل أن يكون متصوراً في سائر فروع المسألة وأحوالها. فإذا وضح ارتفاع هذه العلة حيث يحضر الحكام لا سيما أن التأخير ها هنا بغلبة أحدهما وجحوده الحق، فيصير الآخر مغلوباً

(1) فراغ بالنسختين مقدار كلمة.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الحكام.

على ترك التناجز. وسنذكر الغلبة على المناجزة في الصرف في موضعه إن شاء الله.

تطلبنا النظر في وجه آخر قد تُعقَّب به المسألة. وذلك أن الإقالة في الطعام على أقل من رأس المال لا تجوز لكونها بيع الطعام قبل قبضه، والشرع إنما رخص في الإقالة لكون الثمن إذا رُدّ على ما هو عليه صار ذلك حَلاّ للعقد الأول، فإذا رد أقل من ذلك أو أكثر، صار ذلك ابتداء بيع الطعام قبل قبضه، فلم يجز ذلك. فيقتضي هذا كون الإقالة فاسدة على مقتضى دعوى المشتري، لأنه يقول: أسلمت عشرة دنانير في طعام، ثم أقلْتُ منه، ومن شرط إقالتي وجوازها كوني لا آخذ أقل من رأس المال، (فإذن قضيتم عليّ بإمضاء الفساد وإتمام ما لا يجوز على مقتضى قولي)[1].

وهذا التعقب دعا بعض الأشياخ إلى أن قال: يمكن أن يكون ما وقع في المدونة المراد به أن السلم وقع في عروض، والعروض يجوز بيعها قبل قبضها، والإقالة على أقل من رأس المال. فلهذا لم يشر في المدونة إلى تعقب المسألة من جهة دعوى المشتري، ويتضمن دعواه كون فعلهما فاسداً. ويشير أيضاً إلى أن الإقالة وقعت على الصحة والجواز، وإنما تعاقدا على «رأس المال لا أكثر ولا أقل. فبعد فردت[2] الإقالة الصحيحة جحد البائع بعض الثمن فلا يؤثر ذلك في صحة الإقالة.

وهذا قد يجاب عنه بأن الإقالة ها هنا يعتبر مع صحة عقدها صحة التقابض فيها، لما قدمناه من منع تأخير رد رأس المال وإن لم يشترط في أصل الإقالة تأخيره. وإذا كان القبض فيها معتبراً والعقد موقوفاً على صحته اقتضى ذلك تعقب هذه الإقالة من جهة دعوى المشتري، لكونها تتضمن أن كونه فاسداً لا يجوز العقد عليه، لكن لا يجب تصديقه في الفساد مع دعوى البائع

---

(1) في الكلام اضطراب، ولعل الصواب: فإذا قضيتم عليّ على مقتضى قولي فقد قضيتم بإمضاء الفساد وإتمام ما لا يجوز.

(2) هكذا في النسختين.

صحة الإقالة، إذ المختلفان في صحة العقد وفساده لا يصدق مدعي الحرام ويكذب مدعي الحلال، على ما سيرد بيانه. وإذا لم يجب تصديق المشتري على البائع وجب أخذ كل واحد منهما بمقتضى قوله، فيترك البائع وما هو عليه لكونه لم يقرّ على نفسه بفساد. ويقال للمشتري: أنت أقررت على نفسك بفساد الإقالة، وإذا فسدت وجب ردّكما إلى انعقاد السلم على ما كان عليه، فيوقف المقبوض من الثمن حتى يحل الأجل فيشتري له مثل مالَه في ذمة البائع من السلم، فإن وفَّى فلا مطالبة له ولا عليه، وإن قصر ما قبض على ثمن ما لَه في الذمة من السلم، كان ذلك جائحة عليه لكونه لا يصدق على/ البائع لما قدمناه. وإن فضلت فضلة مما قبض، بعد أن اشتريت له المكيلة التي له في الذمة، كانت تلك الفضلة على قوله للبائع توقف له حتى يرجع إلى تصديق المشتري، فيأخذها أو يتصدق بها.

وقد أشار بعض الشيوخ إلى ما قدمناه من حمل مسألة المدونة على أن الإقالة كانت صحيحة لقوله: تناقضا السلم؛ وأنه قد يمكن أن يكون ذلك في العروض فلا يكون في المسألة تعقب، أو في الطعام فيعتبر بكون الإقالة انعقدت على الصحة، ووقع الجحود بعد ذلك. لكنه بعد هذا أشار إلى أنهما في الإقالة الصحيحة يتحالفان ويتفاسخان. وأشار بعض أشياخي إلى أن التحالف والتفاسخ هو الجاري على أصل ابن القاسم، على حسب ما يراه في اختلاف المتبايعين في الثمن، وأن القول قول البائع، كما ذكر في المدونة على رواية من يرى أن القبض فوت، لأن البائع قابض لرأس المال ولما عليه من السلم.

وهذا عندي يستند إلى أن الإقالة كابتداء بيع فيجري فيهما من الخلاف ما قدمناه، أو الإقالة حلّ بيع فيصدَّق الغارم، وهذا مما ينظر فيه.

وإذا تقررت أحكام الاختلاف في الثمن فإن الاختلاف في المثمون جار عليه، إذ لا فرق ها هنا بين ثمن ومثمون، بل كل واحد منهما ثمن لصاحبه ومثموناً له، لكن العرف بتسمية الدنانير والدراهم ثمناً، والعروض والمكيلات والموزونات مثمونات. ومع هذه فإن البيع في هذه المثمونات ربما كان نقداً وربما كان نساء.

فأما إذا كان نقداً فمثال إجرائه على ما قدمناه من الاختلاف في التنازع في الثمن أنه لو باع ثياباً معينة من رجل وهي عشرة، فقال البائع: بعتك منها تسعة بمائة دينار، وهذا العاشر باق على ملكي. وقال المشتري: بل اشتريت العشرة كلها بالمائة دينار. فإن الثوب العاشر، الذي لم يقر البائع ببيعه ولا انتقال ملكه عنه، هو مصدق فيه، والمشتري مدع عليه أنه باعه منه. ومن ادعى على رجل أنه باع منه ثوبه فإن القول قول صاحب الثوب: إني لم أبعه، باتفاقٍ. وهذا الحكم لا يتغير في هذا العاشر بكونه مضافاً إلى التسعة أثواب أُخر. وأما التسعة أثواب فإنها إذا كانت قائمة في يد البائع، لم يقبضها المشتري، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان، لكونهما مختلفين في ثمنها، فالمشتري يقول: إنا نحب أن ندفع في السلعة تسعين ديناراً، لأني اشتريت عشرة بمائة، فكل ثوب ثمنه عشرة. والبائع يقول: بل ثمن السلعة مائة دينار. فهما مختلفان في ثمن السلعة فيتحالفان ويتفاسخان. فإن قبض المشتري الثياب ولم يبِنْ بها صدّق، على رواية ابن وهب، إن بان بها صدق على الرواية التي وقعت في كتاب المكاتَب. وإن حال سوقها أو تغيرت في نفسها، على حسب ما بيناه في الرواية المتقدمة. وأما الثوب العاشر فيردّ إلى بائعه، وإن تغير أو حال سوقه، وينظر في أحكام تغييره، ومَن غيّره، على حسب ما يبين في كتاب الاستحقاق. وهذا الذي مثلنا به الاختلاف في المثمون، وصورناه في اختلافهما في عدد ثياب بيعت جار في سائر العروض والمكيلات والموزونات على حسب ما نص عليه في الموازية وغيرها. لكن ذكر ابن حبيب عن مطرف عن مالك أنه قال، في رجلين تبايعا طعاماً، فقال البائع: بعتك ثلاثة أرادب بدينار؛ وقال المشتري: بل أربعة بدينار؛ إن البائع لا يؤخذ منه من الطعام بأكثر مما أقرّ به، فيؤدي في الثلاثة

أرادب ثلاثة أرباع دينار. وهذا اختلاف في المثمون لم يوجب فيه التحالف والتفاسخ مع القيام، وعدم القبض، على ظاهر هذه الرواية. وهذا مذهب من ذكرنا أن فقهاء الأمصار على التحالف والتفاسخ إذا لم تفت السلعة ولا قبضت، إلا أبا ثور فإنه يذهب إلى أن القول قول المشتري وإن كانت السلعة في يد البائع. ودعا بعضَ المتأخرين شذوذُ هذه الرواية إلى أن رأى أن العذر عنها كون الاختلاف بين المتبايعين وقع في مكيل، والمكيل والموزون عنده بخلاف العروض، لأنه مما يعرف بعينه. واستند في هذا التأويل/ إلى قوله في المدونة في اختلاف المتبايعين في السلم، هل وقع السلم في ثمانية أرادب أو في عشرة: إن القول قول البائع إذا حل الأجل؛ مع كون هذا الطعام المسلم فيه لم يقبض، لكنه لما كان مما يعرف بعينه لم يراع القبض. وكذلك عقده لو كان الاختلاف في عروض في الذمة لجرت مجرى المكيل والموزون. ولما كان ما في الذمة لا يتعين وهذا الذي استند إليه غير صحيح لأنه ذكر في المدونة في هذه المسألة أن اختلافهما إذا وقع بقرب العقد أو بعد أيام يسيرة فإنهما يتحالفان ويتفاسخان. وطرْد ما اعتذر به يقتضي أن يكون القول قول البائع، وإن اختلفا بقرب العقد أو بعده، إذ المسلّم فيه لا يختلف كونه غير معين بقرب العقد أو بعده. وهذا واضح. على أن هذا الرجل أشار إلى أن البائع إنما صدق إذا حل الأجل لكون القبض مستحقاً إذا حل الأجل. وهكذا المعينات لما كان القبض مستحقاً فيها في بياعات النقود جعل استحقاق القبض كالقبض. وهذا يشير إلى اعتذار آخر عما حكيناه من رواية ابن حبيب لكن هذا أيضاً ينتقض بقوله في الرواية: إن الأجل إذا طال أو حل فإن القول قول البائع، وإذا طال ولم يحل الأجل فالقبض غير مستحق. وسننبه الآن على وجه التفرقة بين القرب والبعد.

فهذا القول في الاختلاف في المثمونات إذا بيعت نقداً. وأما إذا بيعت نساء فإنها أيضاً تجرى على ما قدمناه من الاختلاف في اختلاف المتبايعين في مقدار الثمن. فرواية ابن حبيب أن قبض السلعة فوت يوجب تصديق المشتري في مقدار الثمن، يقتضي أيضاً تصديق الذي عليه السلم في مقدار ما عليه إذا

قبض رأس مال السلم وإن لم يَبِنْ به. وعلى الرواية الأخرى إنما يصدق إذا قبضه وبان به. وعلى رواية ابن القاسم لا يصدق وإن بان به حتى يقع الفوت. فرأى ها هنا أن المسلم إليه إذا قبض رأس مال السلم، وطالت الأيام، فإنه قد حصل لديه انتفاع من تَجْرٍ به، أو غير ذلك من وجوه الانتفاع، فصار انتفاعه به كالفوت في السلعة المقبوضة، لأن السوق إذا حال في السلعة المعينة صدق المشتري، لما يقع من الضرر بالفسخ عند التحالف. وكذلك ها هنا إذا أوجبنا التحالف والتفاسخ لَحِق المسلم ضرر لكون مالِه انتفع به زمناً طويلاً، ثم رُدَّ عليه من غير عوض، والمسلم إنما يعجل النقد ليحصل للمسلم إليه الانتفاع به، ولهذا يبيعه ما عليه من الطعام نسيئة برخص. وقد قدمنا أن هذا المعنى هو العلة في جواز السلم، فوجب اعتبار طول الانتفاع برأس المال (وأن نقد وذلك فوتاً)[1]. وكان بعض أشياخنا يرى هذا التعليل صحيحاً، ولكنه يقل[2] الأمر إلى المسلم، فإن شاء أسقط حقه في هذا الضرر، وطلب أن يحكم بينهما بالتحالف والتفاسخ، ويرد إليه رأس ماله بعد الانتفاع به. وإن شاء لا يسقط حقه في الضرر فيه، وطلب أحكام الفوت، فيصدق البائع ويدفع من العوض ما أقرّ به. وهذا ينظر إلى أحد القولين فيمن اشترى سلعة فاطلع فيها على عيب، وقد حدث عنده عيب آخر، أنه بالخيار من أن يأخذ قيمة العيب لأجل ما يناله من ضرر بغرامة قيمة ما حدث عنده، أو يرد ويرد ما نقص. فإذا قال البائع: أنا أرفع عنك غرامة ما نقص فيزول عنك الضرر الموجب لك أخذ قيمة العيب منّي. فإنه لا يمكن من أخذ قيمة العيب. وفي قول آخر عندنا أنه يمكن. فأنت تراه في أحد القولين كيف أوجب له خياراً لأجل الضرر، فإذا ارتفع الضرر زال تخييره. فهذا فيه ملاحظة لهذا الذي اختاره بعض أشياخنا.

ولو كان رأس مال السلم ثوباً وتغير سوقه من غير انتفاع لكان ذلك فوتاً يوجب تصديق البائع فيما عليه من السلم. وهكذا لو حال سوق السلعة في بيع

---

(1) هكذا في النسختين. والكلام بين القوسين غير واضح. ولعله وأن يعد ذلك فوتاً.

(2) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: ينقل.

النقد، واختلف في الثمن، لكان ذلك فوتاً.

لكن قد يقال ها هنا أيضاً: هلا جعلت الخيار لمن عليه الضرر في فوت السلعة! فإن حال سوقهما بنقص كان من حق البائع أن يقول: إنما أتحمل الضرر بنقص السوق، ولا يلزمني بيع سلعتي بأقل مما أقررت به، فنتحالف ونتفاسخ. وشيخنا هذا لم يطرد مقاله في هذا الذي اعترضنا به وهذا مما ينظر فيه. وأما على رواية/ أشهب الذي يوجب التحالف والتفاسخ وإن فات المبيع، فإن شيخنا هذا كان يرى أن الأجل إذا حل ووقع الانتفاع برأس المال، فإنهما يُحمَلان على الوسط من سلم الناس في عقدهما، لئلا يظلم المسلم برد رأس المال عليه بعد التحالف، على حسب ما قدمناه عنه. وهذا أيضاً مما ينظر فيه على أصل أشهب. وقد قال بعض الأشياخ: لا معنى للتفرقة التي وقعت في المدونة بين قرب زمن العقد أو بعده. وذكرنا عن غيره أن الأجل إذا حل استحق القبض، بخلاف كونه لم يحل. وذكرنا هذه الطريقة الثانية من اعتبار الانتفاع برأس المال وتقدير ذلك فوتا. فعلى هذه الطريقة قد يحسن ما قاله هذا الشيخ من حملها على أصل أشهب على الوسط من سلم الناس في عقدهما. وقد قررنا اختلاف الروايات عن مالك وكون ابن القاسم اختار منها تصديق المشتري مع فوت السلعة في يديه بتغير سوق أو ذات، فيبقى النظر في هذا الفوت لو وقع، والسلعة في يد البائع، هل يكون هذا الفوت في يد البائع يوجب تصديق المشتري أم لا؟ هذا مما أخرجه أصحابنا على اختلاف قول مالك في المحبوسة بالثمن هل ضمانها من البائع أو من المشتري؟ إذ لا غرامة عليه فيما حدث بها فيكون عليه ضرر في إلزامه القيمة فيبقى الحكم على ما هو عليه من التحالف والتفاسخ. ولو كان هذا التغيير[1] بعيب حدث لكان للمشتري الرد به من غير تحالف لكون البائع ضامناً لهذا العيب الحادث في حال احتباسه إياها بالثمن. وإن لم يقم المشتري بهذا العيب ورضي به، وقام بالاختلاف في الثمن، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان. وإن قلنا: إن ضمانها من المشتري، وهي في يد البائع

(1) هكذا، ولعل الصواب: التغيّر.

كالرهن بالثمن، فإن التغيير[1] ها هنا في سوقها أو ذاتها يوجب تصديق المشتري في الثمن، كما لو فاتت في يده.

لكن يعرض في هذه المسألة حكم آخر، وهو كون المشتري، الذي صار ها هنا راهناً، لا يصدق في مبلغ الدين إذا ادعى منه دون قيمة الرهن، والمرتهن لا يعمر ذمة الراهن بما لم يقر له به، وإنما له حبس الثمن حتى يُفتك منه بقيمته التي ادعاها وزعم أنها دين له على المشتري والسلعة رهينة بها، ويكون الرهن شاهداً على نفسه لا على الذمة، على إحدى الطريقتين؛ فإذا كان المبيع جارية، وحدث بها في أيام احتباسها بالثمن عور، وهو في التقدير ربع قيمتها، صار هذا الربع قد فات في يد المشتري، فيصدق في مقدار ثمنه، كما يصدق في ثمن سلعة فات جميعها في يديه. وقد قررنا على هذه الطريقة التي يحكم فيه[1] بكونه ضامناً لما حدث من عيوب أن هذا الحادث في يد البائع يقدر أنه حدث في يده، وما فات في يديه صدق في ثمنه، ويبقى ما يقدر أنه ثلاثة أرباع هذه الجارية في القيمة، يقع فيه التحالف والتفاسخ، فيحلف المشتري لينفي عن ذمته ما يطلب البائع أن يقضَى له به عليه، ويحلف البائع لئلا يؤخذ من يده الرهن بما لم يقر به مما هو مصدق في كون الرهن ليس برهن فيما هو أقل منه، على ما سنوضح هذه الإشارات في كتاب الرهن إذا تكلمنا على اختلاف الراهن والمرتهن إن شاء الله تعالى.

وهذه الطريقة التي سلك ابن عبدوس في هذه المسألة من تصديق المشتري في ثمن ما فات، والتحالف فيما لم يفت.

وقد ذكر بعض البغداديين من أصحابنا في مرافعته للخلاف من تأويل الحديث الذي تقدم ذكره، واشترط فيه كون السلعة قائمة، لما قال المخالف: إنما اشترط أنها إذا فاتت في يد البائع لم يكن تحالف لكونه ضامناً لهما. فهذا فائت ذكر اشتراط قيام السلعة الواقع في هذا الخبر. فقال هذا الرجل من أصحابنا، وأظنه ابن القصار: ضمانها عندنا من المشتري، وفوتها في يد البائع كفوتها في يد

---

(1) هكذا، في النسختين، ولعل الصواب: فيها.

المشتري، فيصدق المشتري في فوتها، كان[1] هذا الفوت في يد البائع.

ورأيت القاضي إسماعيل ذكر ما يشير إلى خلاف هذا، فقال: إذا اختلفا في الثمن فإن للبائع حبسها حتى يأخذ الثمن/ ، ولا يلزمه تسليمها بما لم يقر به، ولا يصدق على المشتري في تعمير ذمته بما لم يقر به، وفوتهما في يد البائع الحكم فيه التحالف والتفاسخ. فلم يصدق المشتري ها هنا بهذا الفوت الواقع في يد البائع، فيمكن أن يكون بناء ذلك على أحد القولين في كون البائع ضامناً لها، على حسب ما بيناه لما خرجنا الخلاف المذكور. وإذا جعلنا الفوت في يد المشتري يوجب تصديقه، على ما اختاره ابن القاسم، فإن ذلك إذا ادعى ما يشبه أن يكون ثمناً للسلعة التي فاتت في يديه. فإن ادعَى ما لا يشبه صدق البائع فيما يدعيه من الثمن إذا ادعى ما يشبه. فإن ادعيا جميعاً ما لا يشبه رد إلى قيمة السلعة، وصار دفع قيمتها كدفع عينها. وقد كنا قدمنا أن اختلافهما مع قيام السلعة يقتضي التحالف والتفاسخ جميعاً، لكون كل واحد منهما لا مزية له على صاحبه. وكذلك إذا ادعيا ما لا يشبه تحالفاً وتفاسخاً أيضاً لكونهما لا مزية لأحدهما على صاحبه. فإذا انفرد أحدهما بدعوى ما يشبه دون الآخر كان فيه الخلاف الذي ذكرناه عن عبد الملك وغيره، والأشهر أنه لا يراعيَ دعوى الشبه مع القيام. وقد ذكرنا وجه ذلك فيما تقدم. فإذا فاتت السلعة فلم يقع نص خلاف عندنا في مراعاة دعوى الشبه، فيصدق من ادعاه دون صاحبه المدعي ما لا يشبه، لكون الحديث ورد فيه اشتراط قيام السلعة في التحالف والتفاسخ على الاطلاق من غير مراعاة دعوى شبه، ولكون السلعة قائمة يمكن ردها بعينها إلى مالكها، حتى إذا وقع الفوت صارت المنازعة في غرامة مال من الذمة، فلا يصدق فيه من ادعى ما لا يشبه.

وأما لو كان الاختلاف في بيع نَساء كاختلاف المسلم والمسلم إليه في مقدار المكيلة التي عقد السلم عليها، فإنهما إذا ادعيا ما يشبه جرى ذلك على الخلاف المتقدم الذي بيّناه. وإن ادعيا ما لا يشبه فإن ابن القاسم اختلف قوله في هذا، والمشهور عنه أنهما على الوسط من سلم الناس من يوم تعاقدا السلم.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وإنْ كان.

ولكن في الأسدية أنه اختلف قوله. فقال مرة بهذا، وقال مرة أخرى: بل يتحالفان ويتفاسخان. ورأى بعض الأشياخ أن هذا القول هو الجاري على أصلهم، لقولهم، في اختلاف المسلم والمسلم إليه في مكان قضاء السلم فادعى كل واحد منهما أنه شرط القضاء في بلد غير البلد الذي وقع فيه العقد، ولكنهما ادعيا بلاداً بعيدة لا يشبه أن يشترط قضاء السلم فيها لبعدها، أو لمعنى آخر يستنكر معه دعوى كل واحد منهما ما لا يشبه. وهذا عندي لا يشبه اختلافهما في المكيلة وقد ادعى كل واحد منهما ما لا يشبه لأن مقدار المكيلة ربما ضبط من جهة العوائد، فيسأل أهل المعرفة بهذا السلم، ومقتضى العادة في كم يسلم مائة دينار في قمح يوجد عند حلول سنة من يوم العقد؟. فإذا قالوا: قول البائع: أسلمت إليه في قفيز واحد، مستنكر لا يشبه، وقول المسلم: في ألف قفيز، مستنكر لا يشبه، وإنما يشبه في العوائد أن تسلم المائة في مائة قفيز من القمح. فهذا مما يضبطه التجار. وأما تعيين بلد لقضاء السلم مع كثرة البلاد وتقاربها في المسافة، مشرقة عن بلدهما أو مغربة، فإن هذا مما يضبط[1] فيه تعيين بلد فلهذا قالوا فيه بالتحالف.

وألحق بعض الأشياخ بهذا الذي استشهد به من اختلافهما في البلد اختلافَهما في أجل السلم، وسنتكلم على اختلافهما في أجل السلم في موضعه إن شاء الله تعالى.

وإن ادعى أحدهما ما يشبه، والآخر ما لا يشبه، فإن كان من ادعى ما لا يشبه هو الذي عليه السلم فالقول قوله إذا حل الأجل، على الاختلاف الذي قدمنا بيانه وذكرناه في كونهما جميعاً ادعيا ما يشبه فكيف إذا كان الغارم هو الذي ادعى ما يشبه والآخر ادعى ما لا يشبه. وأما إن كان المدعي ما لا يشبه هو الذي عليه السلم، والمسلم ادعى ما يشبه، فإنه ذكر في كتاب السلم من المدونة أن المسلم مصدق ويقضى على المسلم إليه بالمكيلة التي ادعاها المسلم، مع كون المسلم إليه لم يقرّ ببيع المقدار الذي ادعاه المسلم؛ خلاف ما صنع في

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مِمّا لا.

كتاب الأكرية في اختلاف المكري والمكتري في/ المسافة التي وقع العقد عليها، فقال المكرَى منه: اكتريت بمائة دينار إلى برقة. وقال المكتري: بل إلى إفريقية. وكانت دعوى المكري لا تشبه، فإنه لم يقض على المكري بأن يبلغ المكتري إلى إفريقية لما كانت المسافة التي زادت على برقة لم يقر بيعها، ولا يقضى على رجل ببيع سلعة لم يقر بأنه باعها.

وكان بعض أشياخي يشير إلى أنه لا يتجه بين السؤالين فرق محقق، وبعضهم يشير إلى فرق ليس بالواضح، فيقول: إن أجزاء المسافة كسلع منفردة ادعى رجل شراء جميعها، ووهم[1] مالكها أنه لم يبع منه إلا بعضها، فإنه لا يصدق على المالك في دعواه. وإن كان مقدار الثمن الذي اتفقا عليه لا تشبه معه دعوى البائع، مثل أن يقول المشتري: بعت منّي ثوبك هذا، وعبدك، بمائة دينار. ويقول البائع: لم أبع منك بالمائة دينار سوى الثوب. ويقول أهل المعرفة: لا يشبه أن تكون المائة دينار ثمناً للثوب خاصة، ويشبه أن تكون ثمناً للثوب والعبد. فإنه لا ينفع المشتري كونُ البائع ادعى ما لا يشبه، في تصديقه عليه في إخراج ملكه الذي لم يقرّ ببيعه. وكذلك الزائد من المسافة على برقة، وهو كسلعة أخرى لا يقضى على المكري بأنه باعها لكون الثمن الذي وقع به الكراء لا يشبه أن يَكون ثمناً لمسافة نهايتها برقة، وإنما ينفع المشتريَ كونُ البائع ادعى ما لا يشبه في تصديقه في غرامة ما يغرم من الثمن في إيصاله إلى برقة، وبعض ثمن الكراء على دعوى المكتري، فيلزمه منه ما ينوب إيصاله إلى برقة، على أن نهاية المسافة إفريقية. ورأى أن اختلافهما في مقدار المكيلة المسلم فيها اختلاف في عقد واحد عقد على ما في الذمة، وما في الذمة شيء متحد، وهو المعقود عليه، فمن ادعى في هذا المتحد ما لا يشبه لم يقبل قوله. وهذا تخييل فيه بعد، وعدد الأقفزة يمكن أن يتصور فيه أنه كسلع مختلفة، كما صور في أجزاء المسافة، فلهذا أشار بعض أشياخي إلى أنه لا يتجه بين السؤالين فرق.

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب وزعم.

وقال غيرهم من الأشياخ: يمكن أن يكون توقّى في السلم، إذا لم يغرم المسلم إليه ما ادعاه المسلم من المكيلة، وقضى عليه برد بعض رأس المال، أن يوقع هذين المتعاقدين في بيع وسلف، وقد علم أنه لا يجيز الإقالة من بعض رأس مال السلم، على ما يرد بيانه في موضعه، مخافة أن يكونا أظهرا كون الثمن سلما، وأبطنا كون بعضه سلفاً يرد عند أمر اتفقا عليه في الباطن، وهو وقت إظهار هذا الخلاف بينهما ليتوصلا به إلى بيع وسلف.

وهذا الذي أشار إليه الشيخ أبو إسحاق التونسي، ولكنه ذكر أنه ليس بالبيّن، وكيف جرت الحال فهو أبين من الفرق الذي حكيته عن بعض الأشياخ. وأنت إذا علمت جميع ما قدمناه من حكم اختلاف المتبايعين في مقدار الثمن، وأحكمت إجراء ما شذّ عنه من فروع هذا الباب على الروايات المذكورة أمكن أن يعرف منه الحكم في نقد بعض الثمن أو بعض المثمون أو نقد البعض من هذا وهذا. فلنذكر مثالاً لنقد بعض الثمن أو بعض المثمون يعرف منه حكم نقد بعض أحدهما دون الآخر:

فذكر ابن المواز اختلاف رجلين في بيع طعام، فقال البائع: بعتك صاعين بدينار؛ وقال المشتري: بل اشتريت منك ثلاثة آصع بدينار. وقد قبض المشتري صاعاً وقبض البائع نصف دينار، فقال ابن المواز: عليهما اليمين ويُعطي البائع بربع دينار نصف صاع.

وهذا جواب فيه إجحاف، ونحن نبينه، ونقدم لك أن هذا الجواب الذي ذكر، إنما يجري على أحد الروايات، وهو تصديق القابض، وكون النقد المقبوض فوتا. وأمّا من لم ير القبض فوتا فإن الحكم عنده التحالف والتفاسخ ورد ما قبض هذا وهذا. لكن من يرى النقد المقبوض فوتا يقول: إن نصف دينار المقبوضَ مقبوضٌ على ما قبض من الطعام وما لم يقبض؛ فالذي ينوب الصاع المقبوضَ من النصف دينار المقبوضِ، ربعُ دينار، على مقتضى دعوى البائع، لأن البائع يقول: سلمت نصف الطعام على نصف ما قبضت من الذهب.

وينوب الصاعَ المقبوضَ عن دعوى المشتري سدسُ/ دينار، لأنه يقول: النصف دينار، الذي سلمتُ، يُفَضُّ على ثلاثة آصع، فينوب الصاعَ الذي قبضتُ نصفُ دينار. وهو يحاول أن يسترد من البائع قيراطين من الربع دينار الذي ناب الصاع، على قول البائع، والبائع قد حاز هذا الربع دينار وقبضه، والنقد المقبوض فوت فيصدق القابض. لكن يقول البائع: يبقى لي من حق الصاع الذي دفعتُ ربعُ دينار آخرُ، ويقول المشتري: لا يبقى لك سوى سدس دينار على فضّ النصف دينار، على دعوى[1] والمشتري حائز لما في ذمته، فلا يلزمه أن يغرم الزيادة على سدس دينار، وهو لم يقرّ بكون ذلك في ذمته. فلا يقال ها هنا: هلا قلتم: لا يغرم المشتري سوى قيراطين، وهي نصف سدس، لكون البائع ظلمه في قيراطين من الربع دينار الذي صدقنا البائع فيه، على مقتضى الفض على دعوى المشتري. قيل: لو أسقطنا على المشتري، فيما يغرم، هذين القيراطين، لم ينفع البائع كونه حائزاً للربع دينار، الذي صدقناه في كونه استحقه؛ والمسألة إنما بنيت على كون القابض مصدقاً فيما قبض، فلو عدنا إلى محاسبة المشتري بما يقول: إن البائع ظلمني، بجحوده له، مع اعترافه بأنه يستحق ذلك في ذمته؛ ودعواه أنه ظلمه البائع لبطل هذا الذي أصلناه. وإذا اتضح حكم هذا الصاع المقبوض، فإن الصاع الذي لم يقبض ينوبه مما قبض البائع ربع دينار، فيصدق البائع في مقدار ما يُستحقَ عليه به الطعام، والذي يستحق عليه به من الطعام، على مقتضى دعوى[2] نصفُ صاع، فيقضى عليه بربع نصف صاع للمشتري، فيحصل للمشتري من هذه الصفقة صاع ونصف، ويحصل للبائع ثلثا دينار. فهذا بسط ما أشار إليه ابن المواز من جواب هذه المسألة.

ولِمَا يجرُّ القول في اختلاف المتبايعين في الثمن والمثمون، مشتملاً[3]

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: دعواه (أي المشتري).

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: دعواه.

(3) هكذا في النسختين.

على فروع كثيرة تكرر في أجوبتها أنهما يتحالفان ويتفاسخان، وجب أن نبين حكم هذا التحالف والتفاسخ. والكلام فيه من خمسة أوجه:

أحدها: صفة هذا التحالف، والثاني: من يبدأ فيه. والثالث: حكم النكول عن هذه اليمين. والرابع: متى يقع الفسخ. والخامس: هل يقع الفسخ ظاهراً أو[1] باطناً أو ظاهراً خاصة.

أمّا الوجه الأول، وهو صفة التحالف، فإنا قد قررنا لك أوّلاً أن هذين المتبايعين كل واحد منهما مدع ومدعىً عليه، وبهذا علل مالك رضي الله عنه في موطئه كونهما يتحالفان ويتفاسخان، بأن قال: وذلك أن كل واحد منهما مدع على صاحبه. فإذا وضح لك قول مالك: إن كل واحد مدع، ومدعىً عليه؛ وتقرر في أصل السماع بالحديث المشهور واتفاق العلماء أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، والمدعى عليه منكر، فهو الذي يكون عليه اليمين، والمدعي مثبت، والمثبت عليه البينة. ولا يكتفى بيمينه في مجرد دعواه دون عرض اليمين على المدعى عليه. فإذا تقرر هذا الأصل فقد صار كل واحد من المتبايعين المختلفين في الثمن مدعياً، فيكون الحكم من هذه الجهة استحلافَه، فقد صارت دعواه تتضمن نفياً، وهو أنه لم يبع سلعته من المشتري بعشرة دنانير، كما زعم، ويتضمن إثباتاً، وهو أنه باعها منه بإثنى عشر ديناراً فوجب أن يستحلف على ما أنكر، دون ما أثبت، على ما قررناه من أصل الشرع الوارد في هذا الكتاب، لكن لما كان ها هنا مطلوباً بيمين من جهة إنكار حسن أن يضيف إليه اليمينَ على ما أثبت، لئلا ينكل صاحبه فيفتقر إلى يمين أخرى على ما أثبت، وتكرير اليمين مما يشق، والأصول تقتضي تقليل الأيمان ما أمكن.

وهذا المعنى هو الذي ننفصل به عن اعتراض من اعترض علينا في هذا فقال: لو ادعى رجل على رجل بعشرة دنانير لم يستحلفوا إلا المدعى عليه، فإنْ طلبكم المدعي المثبتُ أن تستحلفوه قبل نكول المدعى عليه لم تفعلوا، فلم

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وَ.

استحلفتم أحد المتبايعين على ما أثبت وهو فيه مدع قبل نكول المدعى عليه؟!
وذلك أن المدعي والمدعى عليه شخصان انفرد هذا بإثبات محض، وانفرد الآخر بنفي محض، فلم يحسن/ ، على ما قررناه من أصل الشرع، أن يستحلفه على ما أثبته أوّلاً، وحسن ذلك في المتبايعين لما كان من إثبات قد انضاف إلى إثباته إنكار ونفي، وهو المبدَّأ فيه باليمين، فحسن أن يُسْنَدَ إلى هذه التبدئة وجه آخر ليس من حقه أن يبدّأ به ليرفع عن نفسه الضرر بتكرير اليمين. وهذا فرق واضح لا إشكال فيه. وعلى هذه الطريقة جرى أهل المذهب في تحليف من بيده الرهن على ما ادعاه من الدين، فإن كان ما ادعاه أكثر من قيمة الرهن، وهو لا يصدق فيما زاد على قيمة الرهن، وإنما يصدق في قدر قيمته مع يمينه، فلما توجهت عليه هذه اليمين على قيمة الرهن، التي هو مبدّأ فيها على الراهن، حسن أن نضيف إليها ما ادعاه من الزيادة على قيمة الرهن، لئلا ينكل الراهن عن اليمين فيحتاج إلى يمين أخرى على ما زاد على قيمة الرهن.

وقد حكى شيخنا أبو الحسن اللخمي اختلافاً في صفة اليمين: هل يحلف على النفي أو على الإثبات؟ واختار هو أن يخير هذا المستحلَف، فإن شاء حلف على النفي، وهي اليمين التي يقضى بها عليه، ويؤخر يمينه على الإثبات إلى أن ينكل صاحبه، فيحلف حينئذ يميناً أخرى. فقضى عليه باليمين التي هي الواجبة في الأصل، وخيّره في اليمين التي لا تجب عليه. وإنما مُكِّن منها لإزالة الضرر بتكرير اليمين عليه. وهذا هو من حقوقه، فإن شاء التزم هذا الضرر، وقدم يمين الإثبات مع النفي، وحلف عليهما جميعاً. وهذا الذي اختاره لم يبعد فيه على ما قدمناه لك من تأصيل الشرع. لكن هذا الخلاف الذي حكاه لا أحفظ الآن نص أحدٍ من أصحابنا عليه، لكن أحفظ عن الشافعية فيه اختلافاً، فمنهم من يرى أن مذهب الشافعي أنه يحلف يميناً واحدة على النفي والإثبات، قول واحد. ومنهم من يخرّج له قولاً آخر، أنه يحلف يمينين: على النفي يمين، ويمين أخرى على الإثبات. واستقراء ذلك من قوله، في رجلين أيديهما جميعاً على دار، فزعم كل واحد منهما أن جميع الدار له، فقال: يحلف على نصفها الذي حازه أنه لا حقَّ

للآخر فيه. فإن نكل الآخر عن اليمين على النصف الذي في يده حلف الأول يميناً أخرى: أنه له، بعد نكول الحائز. ومنهم من منع هذا التخريج والاستقراء، وقال بأن كل واحد حائز لما في يديه، فلا يحسن أن يحلف أحدهما على النصف الذي في يد الآخر قبل نكول الآخر عن اليمين عليه، والمتبايعان إنما يحلفان في صفة عقد، وهما متساويان في كون كل واحد منهما مدع ومدعى عليه، فحسن ها هنا أن يُلزم يميناً واحدة على النفي والإثبات، على حسب ما قدمناه. فأنت ترى اختلاف الشافعية هل يحلف يميناً واحدة يجمع فيها بين نفي وإثبات، أو يحلف يمينين: الأولى منهما على النفي، فإذا نكل صاحبه عن اليمين حلف يميناً أخرى على ما أثبت. فيقول أوّلاً: بالله ما بعتك بعشرة. لأنه هو الذي نفى من قول صاحبه، ويَقتصر على هذا. ثم يقال لصاحبه: احلفْ أنت أيضاً على أنه ما باعك بإثني عشر. فإن حلف، قيل للبائع: احلفْ على أنك بعت بإثني عشر، ثم يقال للمشتري: احلفْ على أنك اشتريت بعشرة؛ ويتفاسخان. ومن نكل منهما عن اليمين عاد صاحبه إلى اليمين على ما نكل هذا عنه.

وشيخنا أبو الحسن لم يورد هذا الخلاف الذي أشار إلى إسناده إلى أصحابنا، على مقتضى عادته، على هذه الصفة التي أوردناها عن أصحاب الشافعي، وإنما قال: واختلف هل يحلف أحدهما على النفي أو على الإثبات؟

وبيْن أصحاب الشافعي أيضاً اختلاف فيما تقدم في اليمين مرة واحدة، واليمينين: هل اليمين على النفي أو على الإثبات؟ فانفرد الاصطخري منهم بأن قال: يبدّأ بيمين الإثبات، لأن الله تعالى بدأ في اللعان بها، وهو عندنا أيْمان الزوج، وهو المثبت للزنا على زوجته. وقال أكثر أصحاب الشافعي: بل يبدأ بيمين النفي، لأنها هي التي يقضى بها في الأصل لورود الشرع/ بتحليف المنكر، وتكليف المثبت البينة.

وهذا عندي أولى على ما فرضته من التعليل من كون يمينه على الإثبات

خارجةً عن الأصول؛ واعتذرنا عنها بأنها إنما حسن إخراجها عن الأصول لإسنادها إلى يمين النفي، لئلا يلحقه ضرر بتكرير اليمين، فاقتضى هذا كون اليمين على الإثبات تبعاً، ومستندةً إلى تمييز النفي، ومن المستنكر أن يبدأ بالتابع على المتبوع.

وأمّا ما احتج به الاصطخري من بداية الله سبحانه في اللعان بالزوج فقد ينفصل عنه عندي بأن اللعان فيه اختلاف: هل هو قائم مقام الشهادات، ولهذا كرر أربع مرات حتى يكون كأربعة شهود على الزنا، أو قائم مقام الأيمان؟ وإن قلنا: إنه قائم مقام الأيمان، فقد يقال في هذا: إن اللعان إنما ورد به الشرع لحفظ الأنساب، وكون الزوج لا يلحق به ولد ليس من ظهره. وإذا كان لهذا شُرِعَ، وهو مقصود الشرع، فالزوجة كالمدعية على الزوج إلحاق نسب به، وهو ينكره، فلهذا بُدِّيء لكونه مدعىً عليه في النسب. فلم تخرج هذه المسألة عن الأصول. هذا الذي يظهر لي، وللنظر في هذا مجال، ولعلنا أن نبسط هذا عند كلامنا على قذف الزوج، ولعانه لنفي الحد لا لنفي النسب، فإن هذا الوجه إذا قيل بأحد القولين فيه تطلبنا انفصالاً آخر عمّا قاله الاصطخري. أو يقال: إن المقصود في الشرع ما ذكرناه من نفي النسب، وهذا الوجه الذي هو نفي الحد تبع له.

وأما الوجه الثاني وهو الكلام على من يبدأ باليمين من هذين المتبايعين المختلفين، فإن المذهب عندنا على قولين: بدّأ في المدونة البائع باليمين: وفي كتاب تضمين الصناع من المدونة تبدية ورثة المشتري باليمين إذا تجاهلا هم ورثة[1] البائع الثمن. وهكذا بدّأ في المستخرجة باليمين إذا اختلف هو والبائع في الثمن.

وبتبدئة المشتري قال أبو حنيفة.

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: (هم وورثة البائع) كما يدل عليه كلام المدونة. انظر المدونة: ج 4 ص 393.

والمشهور عن الشافعي تبدية البائع، وهكذا ذكر الشافعي في اختلاف المسلم والمسلم إليه في مقدار السلم أن البائع، وهو المسلم إليه، يبدأ. وهكذا ذكر في اختلاف السيد مع عبده في الكتابة أن السيد يبدأ باليمين. لكن ذكر في اختلاف الزوجين في مقدار الصداق أن الزوج يبدأ. فبعض أصحابه أضاف إليه قولاً آخر في اختلاف المتبايعين أن المشتري يبدأ باليمين، كما حكينا ذلك على أحد القولين في المذهب عندنا؛ وبعضهم منع من هذا الاستقراء وقال: بأن الشافعي إنما بدأ البائع لأنهما إذا تحالفا رجعت سلعته إليه، فكان أوْلى بالتبدية لرجوع المبيع إليه، والزوجان إذا اختلفا في مقدار الصداق وتحالفا فإن الزوج يقضى عليه بصداق المثل ويبقى البضع له كما بقيت السلعة للبائع بعد التحالف.

وهذا فرق يصح على أصلهم، ولو كانوا يقولون بمذهبنا أنهما إذا اختلفا في مقدار الصداق قبل الدخول تحالفا وتفاسخا النكاحَ، ويبقى البضع على ملك المرأة، على حسب ما كان قبل عقد النكاح، لكان هذا الاستقراء صحيحاً. وقد وقع للشافعي كلام ذهب بعض أصحابه إلى أنه قول ثالث في هذه المسألة وهو قوله: إن استحلف الحاكم البائع قيل للمشتري: أتقبل منه أم تحلف؟ وإن بدأ بالمشتري قيل للبائع: أتقبل منه أم تحلف؟

وقال بعض أصحابه: هذا لا ينبغي أن يكون يجعل له قولاً ثالثاً، لأنه يمكن أن يكون أراد أن يحكم[1] الحاكم بتبدية البائع، وهو مذهبه، قيل للمشتري: كذا. أو حكم بتبدية المشتري، لما كان ذلك مذهبه، قيل للبائع: كذا. فأنت ترى أن الشافعي ينسب إليه بعض أصحابه ثلاثة أقوال: تبدية البائع، وتبدية المشتري، وتخيير الحاكم فيمن يبدأ به منهما. وبعض أصحابه ينكر أن يكون له إلا قول واحد، وهو تبدية البائع.

وهذا الذي ينسب إليه بعض أصحابه من تخيير الحاكم يضارع ما ذهب إليه أشياخي من أن الصحيح في هذا أن يقرع بينهما مَن الذي يبدأ منهما؟ لأن

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إنْ حَكَم.

الشافعي إنما ذهب إلى تخيير الحاكم، على ما نسب إليه بعض أصحابه، لكون البائع والمشتري لا مزية لأحدهما على الآخر توجب تبديته. وكذلك رأى أشياخي أن كل واحد من هذين المتبايعين/ مدع ومدعى عليه، وليس أحدهما أحق بالتبدية من الآخر، فوجب تخيير الحاكم فيمن يبدأ به منهما. ورأى أشياخي أن صرف ذلك إلى القرعة أطيب لنفوسهما، وأقرب إلى ما ورد به الشرع في مثل هذا من القرعة في العتق، لما عتق أحد الصحابة ستة أعبد له. الحديثَ المشهور[1].

فتلخص من هذا أن في المسألة أربعة أقوال: تبدية البائع، وتبدية المشتري، والتخيير، على رأي من ذكرناه، والقرعة على رأي أشياخي.

فأمّا من ذهب إلى التبدية بالبائع فإنه يرجّح جَنْبة البائع بظاهر الحديث وهو قوله عليه السلام: «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع، أو يترادان»[2] وظاهر الحديث قبول قول البائع من غير يمين، ومن كان قوله هو المقبول هو المبدأ. وإنما أثبتنا اليمين بظواهر أُخَر في هذا الخبر وغيره. وأيضاً فلأن البائع أقدم ملكاً، ومن كان ملكه أقدم وأسبق كان جانبه أوضح. وأيضاً فإنهما إذا تحالفا رجعت السلعة إلى يد البائع، على حسب ما كانت عليه قبل البيع، ورجوعها إليه بعد التحالف: يشعر بأن جانبه أقوى من جانب المشتري لرجوعها إليه دونه.

وأما من ذهب إلى تبدية المشتري فإنه يرى أن الأصل قبول قوله لكونه مدعى عليه زيادة ثمن بعد إقرار البائع له بانتقال الملك إليه، وإذا اتفقا على انتقال الملك إليه واختلفا في المستحق في ذمة المشتري، فقال البائع: بعتك بعشرة. وقال المشتري: بل بخمسة. صارت الخمسة الزائدة كمال انفرد بالدعوى فيه البائع دون المشتري، فيصدق المدعى عليه. ولهذا ذهب أبو ثور

---

(1) الموطأ: رقم 2244، كتاب العتق: باب 3 ـ وانظر التمهيد: ج 23/ 414.

(2) ابن ماجة: باب 19 البيّعان يختلفان: حد. 2186.

إلى تصديق المشتري على حسب ما كنا قدمناه[1] لذكره عنه. لكن فقهاء الأمصار لم يساعدوه على هذا المذهب لأجل ورود الخبر الذي قدمناه. وإذا كان الأصل قبول قول المشتري أشعر ذلك بأنه أقوى جنبة من البائع، فاستحق لأجل هذا الترجيح أن يقدم على البائع. ويجيب هؤلاء عن ترجيح جنبة البائع بكون ما له أسبق، بأن المشتري متفق على انتقال الملك إليه، فكان أيضاً أرجح من هذه الجهة. ويجيبون، عن ترجيح البائع بكون السلعة ترجع إلى ملكه، بإن المشتري أيضاً يبقى الثمن عن[2] ملكه. فإذا كانت الترجيحات قد تعارضت على ما أريناك استوت[3] مزية البائع والمشتري، فلم يكن أحدهما أحق بالتبدية من صاحبه، فوجب تخيير الحاكم أو القرعة، كما ذهب إليه أشياخي.

فهذا تلخيص المذاهب في هذه المسألة وضبطها وبيان منشأ الخلاف فيها.

وأمّا الوجه الثالث، وهو حكم النكول فلا يخلو من أن ينفرد البائع بالنكول، أو ينفرد المشتري، أو يجتمعان عليه، والسلعة في جميع هذه الأقسام قائمة أو فائتة.

فأمّا انفراد أحدهما بالنكول فإنه يوجب تصديق الحالف، والقضاء له بما حلف عليه بائِعاً كان أو مشترياً.

وأما اجتماعهما على النكول، والسلعة قائمة، فإن ابن القاسم ذهب إلى أن البيع يفسخ، كما يفسخ إذا تحالفا، إذ لا فرق بين أن يتحالفا فيستويان لأجل اليمين، أو ينكلا فيستويان لأجل النكول، وقد شرع الشرع بأن تساويهما يوجب رجوعهما إلى ما كانا عليه قبل العقد، لكونهما إذا تحالفا تفاسخا، فهكذا يكون حكمهما إذا تناكلا.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بذكره.
(2) هكذا، والأوضح: على.
(3) في النسختين: استهوت.

وإلى هذا ذهب شريح. وذكر ابن حبيب أنهما إذا تناكلا كان القول قول البائع؛ ورأى أنه لما كان مقدما على المشتري باليمين عاد الأمر عند نكولهما جميعاً إلى تصديق من بدئ باليمين، كرجل ادعى على رجل بمال، فإن المدعى عليه المبدأُ باليمين على نفي دعوى المدعي، فإن حلف برىء من دعوى المدعي، وإن نكل وحلف المدعي استحق ما ادعاه. وإن لم يحلف المدعي سقطت دعواه، وبرىء منها المدعى عليه، كما يبرأ لو حلف اليمين التي بدّأناه فيها. وهذا لا يلزم. وليس هذه القاعدة تطرد إلا إذا كانت اليمين التي بدأت بها أحد الخصمين يفيده إيقاعها بطلان دعوى صاحبه واستحقاقه لما حلف عليه. والمدعى عليه بمال إذا حلف فقد استقر بيمينه الحكم له ببراءته مما ادعاه عليه الآخر، ولا قدرة للآخر على مقاومة هذه اليمين/ وردها. والبائع إذا خالف المشتري في الثمن، وبدّأناه باليمين، فإنه لا يستحق بيمينه على المشتري ما ادعاه وحلف عليه، لأن للمشتري أن يقاوم يمينَه ويردها، بأن يحلف على صحة ما يقول فتسقط يمين البائع التي يحاول بها استحقاق شيء عليه، فلهذا كان المدعى عليه بمال إذا نكل ونكل المدعي عاد التصديق إليه في كونه بريئاً من الدعوى، لأنه لو حلف لاستحق براءته من الدعوى، ولم يقدر المدعي على مدافعته عن هذه البراءة. فإذا نكل هو والمدعي عاد الحكم إلى ما يحكم به لو حلف اليمين التي بدأنا به فيها. وكذلك من أقام شاهداً بمال له على رجل، ونكل عن اليمين مع شاهده، وطلب يمين المشهود عليه، فنكل أيضاً عن اليمين، فإن الطالب يستحق هذا المال من غير مطالبته بيمين، لأنه لو حلف أوّلاً مع شاهده لاستقر له هذا المال في ذمة المطلوب، فإذا نكل ونكل المطلوب استحق الحق، وحكم له بالحكم الذي حكم له به لو حلف اليمين التي بدّأناه بهما. فقد اتضح مخالفة تبدية البائع المخالفِ للمشتري في الثمن باليمين، وهو الذي حكيناه من رواية ابن حبيب من كون البائع يقبل قوله، هل مراده أنه يقبل قوله ويأخذ ما ادعاه من الثمن من غير أن يحلف، أو لا يأخذه إلا بعد اليمين عليه؟ الذي يشير إليه أشياخنا أجمعون: أنه يأخذ الثمن من غير يمين.

وقال أبو الوليد الباجي: لا بد من يمينه؛ جنوحاً منه إلى الطريقة التي رددْنا بها ما حكاه ابن حبيب لأجل أن اليمين التي عرضت على البائع أوَّلاً لو أوقعها لم يستحق بها على المشتري الثمن الذي يدعيه، بل أمرها مترقَّب هل يحلف المشتري فلا تفيده يمينه شيئاً، ولأجل ترقب عدم هذه الفائدة [1] يقع التشاح في من يبدأ باليمين، لأن كل واحد من المتبايعين قد يريد أن يؤخر رجاءَ أن ينكل صاحبه فيحلف هو يميناً تفيده تصديقه والقضاءَ له بمضمون ما يدعيه. وإذا كانت هذه اليمين يترقب رفع حكمها بيمين المشتري لم يلحق باليمين التي يستقر الحكم بإيقاعها ولا يترقب ارتفاعه. وإذا كانت لو أُوقعت لم توجب على المشتري غرامة ما يدعيه موقعها، فكذلك إذا نكل عنها ذلك أوَّلاً لا توجب على المشتري غرامة ما يدعيه الناكل، لأن إيقاعها آكد في تصديقه من النكول عنها، فإذا لم يستفد لإيقاعها غرامة المشتري ما يدعيه لم يستفد بالنكول عنها.

وهذه الطريقة التي سلك أبو الوليد الباجي مقتضيَة[2] من الطريق الذي رددنا به قول ابن حبيب. فإذا حمل على ابن حبيب مخالفة هذه الطريقة التي نبهنا عليها، وحمل عليه أنه يُجري الدعاوي كلها مجرى واحداً فيحكم بتصديق المبدّأ باليمين، ولا فرق بين يمين توقع يترقب رفع حكمها، أو يمين توقع لا يترقب رفع حكمها، اقتضى هذا أن يصدَّق البائع إذا تناكلا جميعاً، من غير أن يطلب منه يمين، على حسب ما صورناه في مدع ومدعى عليه تناكلا، أو رجل قام له شاهد فنكل عن اليمين هو والمطلوب. ولو لم يسلك هذه الطريقة ويُجري هذه الدعاوى مجرى واحداً في حكم النكول لوجب عليه أن يقول بما قاله ابن القاسم: إن البيع يرد، لأجل ما نبهنا عليه من الفرق بين هذه الدعوى وغيرها من الدعاوي. وقد كنا ذكرنا لك قبل هذا اختلاف أصحاب الشافعي في

---

(1) بياض في النسختين بمقدار كلمة.

(2) هكذا في النسختين.

يمين البائع والمشتري، هل يطلب من كل واحد منهما يمين على النفي إذا نكلا عنها جميعاً طلب من كل واحد منهما يمين على الإثبات، على حسب ما بيناه فيما تقدم. فعلى هذه الطريقة يصح ما قاله أبو الوليد الباجي، ولكن تكون صورة اليمين الأولى أن يحلف كل واحد منهما على النفي فإذا تناكلا استُحلفا بعد ذلك على الإثبات، على حسب بيناه فيما تقدم. وما أحد من أهل المذهب يقول ها هنا بتكرير اليمين على البائع، وقد قدمنا أن البائع إنما أضاف إلى يمين النفي يمين الإثبات لأجل ما يتوقعه من الضرر بتكرير اليمين إذا نكل المشتري. فإذا كانت العلة عند أهل المذهب في استحلافه على الإثبات قبل نكول المدعى عليه رفع الضرر عنه بتكرير/اليمين عليه من الحرص على تقليل الأيمان ما أمكن، كانت هذه العلة تنقض على أبي الوليد قولَه، لأنه إذا طلبه باليمين بعد تناكلهما جميعاً صار تكرير اليمين على الإثبات بعد أن قدمها مخافة ألا يتكرر عليه، وهذا كالمناقض، وإن ما لاح لأبي الوليد ما قدمناه من كون هذه اليمين مترقب ارتفاعها فلا توجب غرامة لو أوقعت فأحرى أن لا توجب غرامة إذا لم توقع ونكل عنها. وقد بينا عزْوَ أهل المذهب في تقدمتهم هذه اليمين، وأن العلة عندهم خوف التكرار، وأن الحالف لما وجب أن يقدّم في يمين النفي أُسند إليه يمين الإثبات فصار ذلك كجزء من يمين النفي وصار بمعنى واحد. وإذا كانت يمين النفي تفيده البراءة، وهذه اليمين التي أسندت إليها تفيده الإثبات، واستحقاق الطلب بحكم إسنادها إلى يمين النفي، وجب أن يجري مجرى الأيمان التي لو أوقعت لم يقدر على رفعها بيمين أخرى.

وهذا الذي قلناه في رد ما ذهب إليه أبو الوليد الباجي واضح لمن تأمله. وقد قدمنا أن مراعاة الأشبه مع قيام السلعة فيه الاختلاف الذي ذكرناه. وأمّا مع فوتها فإنه لا خلاف فيه عندنا أنه يراعَى دعوى الأشبه، فإذا فاتت السلعة في يد المشتري صُدق في مقدار الثمن إن ادعى ما يشبه، فإن ادعى ما لا يشبه صُدق البائع في مبلغ الثمن الذي ادعى، إن ادعى أيضاً ما يشبه. فإن ادعيا جميعاً، البائع والمشتري، ما لا يشبه، تحالفا وقضي على المشتري بالقيمة، وتكون

القيمة بدلاً من العين يجب ردها إذا كانت قائمة وادعيا ما لا يشبه، وقد تحالفا وتناكلا. ولو ادعيا جميعاً ما لا يشبه، مع فوت السلعة، ونكل أحدهما عن اليمين ولم ينكل الآخر، يقضى للحالف منهما بما ادعاه وإن كان ذلك مِمَّا لا يشبه، ذكر ذلك ابن مزين عن مالك. ووجهه أن الناكل قَدَر أن يحلف، وينفي عن نفسه طلب الآخر، فلما نكل عن اليمين ومكّن الآخر منها صار كالراضي بما ادعاه الحالف، وإن كانت دعوى الحالف لا تشبه. ولو نكلا جميعاً عن اليمين، مع فوت السلعة في يد المشتري، وقد ادعيا ما لا يشبه، فإن الواجب على مقتضى الأصول التي قررناها القضاء بقيمتها.

ورأى ابن أبي زمنين أنه يتخرج في ذلك من الخلاف بما كنا قدمناه من تناكل المتبايعين، والسلعة قائمة، أن ابن القاسم يقضي بنقض البيع، وابن حبيب ذكر عن مالك أن البائع يصدق لكونه قد استحق أن يبدّأ به قياساً على سائر الدعاوي في تصديق المبدّأ باليمين على حسب ما كنا بسطنا القول فيه، ودفعنا ابن حبيب عن قياسه على سائر الدعاوي لكون اليمين ها هنا التي بدَّأنا بها يترقب دفعها بيمين الآخر، فكذلك يجب ها هنا إذا تناكلا مع فوت السلعة وقد ادعيا ما لا يشبه أن يكون الواجب ردَّ القيمة بدل العين، على مذهب ابن القاسم، ويكون الواجب تصديق المشتري المبدإ باليمين مع فوت السلعة ها هنا، على ما حكاه ابن حبيب. وهذا التخريج مما يفتقر إلى بسط، لأنه إذا ادّعيا ما يشبه، والسلعة قائمة، استحق البائع أن يبدّأ باليمين، لظاهر الحديث على حسب ما قدمناه. فإن ادعى ما لا يشبه فقد صارت دعواه مدفوعة بكونه ادعى ما لا يشبه، ولم يستحق أن يحلف على هذه الدعوى التي لا تشبه، وهذا مما يفتقر إلى بسط.

وأما الوجه الرابع وهو بيان زمن الفسخ إذا تحالفا، فإنه اختلف فيه عندنا: هل يقع الفسخ بنفس التحالف، كما ذهب إليه سحنون، أوْ لاَ يقع إلا بحكم، لقول ابن القاسم: إذا تحالفا، ولم يحكم بالفسخ فللمشتري قبولها بما ادعاه البائع. وبعض أشياخي يحكي قولاً ثالثاً وهو وقوع الفسخ بتراضيهما عليه.

وفائدة هذا الاختلاف تمكين أحد المتبايعين من الرجوع إلى تصديق صاحبه، وإلزامه موجب ما ادعاه. فإذا قيل: إن الفسخ يقع بنفس التحالف لم يكن للمشتري أن يقبل السلعة بما قال البائع، ولا للبائع أن يُلزِم المشتري السلعَة بما قال المشتري. وإن قلنا: إن الفسخ لا يقع إلا بحكم، كان للبائع أن يرجع إلى تصديق المشتري، وللمشتري أن يرجع إلى/ تصديق البائع ما لم يقع الحكم بالفسخ، أو يتراضيا به على القول الثالث الذي أشار إليه بعض أشياخي. وقد أشار بعض المتأخرين في مقتضى ظاهر كلامه على هذه المسألة التي أبقى كل رواية على ظاهرها، فقال: إذا تحالفا كان للمشتري أن يقبل بما قال البائع قبل وقوع الحكم على مذهب ابن القاسم. وأشار إلى أن المشتري إنما كان له ذلك لقوة جنبته، ولظاهر الخبر الذي نذكره.

وحكى عن محمد بن عبد الحكم أنه يقول: للبائع بعد التحالف أن يرجع إلى تصديق المشتري، على حسب ما حكاه عنه الشيخ أبو محمد بن أبي زيد في نوادره، وأشار إلى أن البائع كان له الخيار، قبل أن يحلف، في إلزام المشتري البيع بما ادعاه، فلا يسقط هذا الخيار الثابت له بتحالفهما.

والذي عليه الحذاق من أصحابنا وأصحاب الشافعي أن هذه الفائدة التي أشرنا إليها تطّرد في البائع والمشتري. فإن قلنا: إن الفسخ يقع بنفس التحالف كان ذلك في حق البائع والمشتري، وإن قلنا: لا يقع حتى يقع بحكم الحاكم به، كان ذلك في حق البائع والمشتري أيضاً، ووجه هذا: أن الاختلاف للتنازع في ظاهر الخبر وطرق العبر؛ فأما الخبر فإنه قال عليه السلام: «إذا اختلف المتبايعان ولا بينة لكل واحد منهما والسلعة قائمة تحالفا وترادا»[1] فأمر بالترادد، وأمْره بذلك يقتضي الوجوب، والرد هو النقض للعقد، فلولا أنه منتقض بنفس التحالف لما أوجب النقض. ويجيب الآخرون عن هذا بأن المراد به أنهما يستأنفان بعد التحالف والفسخِ ردَّ السلعة وردَّ الثمن، ويستدلون على ما

(1) انظر نيل الأوطار: ج 5 ص 339 ـ 342.

يقولون بالرواية الأخرى: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وللمبتاع الخيار»[1] فقد جعل المشتري بالخيار بعد التحالف. وهكذا نص الشافعي فقال: «إذا تحالفا فللمبتاع أن يقبل بما قال البائع. ولعل هذا الذي[2] عن بعض المتأخرين الذي أشرنا به حتى قال ما ظاهره يقع الفسخ بعد التحالف على البائع دون المشتري. وبعض أصحاب الشافعي يذهب إلى أنه لا يقع الفسخ إلا بحكم، لأن المسألة مسألة اجتهاد فتفتقر إلى حكم، كالطلاق بالعنة، وعدم النفقة. وبعضهم يرى أنه يقع الفسخ بعد التحالف بفسخ أحدهما، كالرد بالعيب، لأن هذا العقد دخل فيه نقض، لكون البائع ممنوعاً من الثمن، وكون المشتري ممنوعاً من البيع، فصار ذلك كالعيب الموجود فيما حصل في يد كل واحد من المتبايعين، (والعيب إذا وقع على صفة ما ذكرناه بل يكتفي في نقض بالبيع بفسخ من يده السلعة المعينة)[3]. ومن ذهب من أصحابنا إلى وقوع الفسخ بنفس التحالف قاس على اللعان الذي يقع بنفس تلاعن الزوجين، وهو أيمان كهذه الإيمان الواقعة بين المتبايعين. ويحتج أيضاً بأن البائع لما حلف فقد حقق صدقه بيمينه، فكذلك المشتري حقق صدقه بيمينه، فصار من[4] الثمن مجهولاً وجهالة الثمن توجب فسخ البيع.

وهذا الاستدلال لا يصح لأن كل واحد منهما لو أقام البينة على صحة ما يدعيه لتحقق صدقه بما يقيم من البينة، ثم مع هذا لا تكون إقامة البينة المقتضية صدقه توجب جهل الثمن المقتضي فسخ البيع، وهذا واضح. وكان شيخي أبو محمد عبدالحميد رحمه الله يشير إلى رفع الخلاف الواقع عندنا ويقول: لو قام[5]

---

(1) بالرجوع إلى «معرفة السنن والآثار» عن الإمام الشافعي، تصنيف البيهقي ج: 4: 369 - 371. لم نجد نص هذا الحديث. وروي بمعناه (حرز الأماني ح15 ص 66).

(2) نقص، ولعله: رُوي.

(3) ما بين القوسين هكذا نصه في النسختين، وهو غير واضح.

(4) هكذا في النسختين؛ ولعل الصواب حذف (من).

(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قال.

المشتري والبائع قبل يمينهما إنا إنما نحلف لتنتفي الريبة عن أنفسنا، ونزيل الشك في صدقنا؛ فإنه لا ينفسخ البيع بنفس التحالف الواقع على هذا. ولو قدما أنهما يتحالفان لينفسخ البيع لا نفسخ بنفس التحالف[1] (فعلى كل واحد من المذهبين صرف كل منهما إلى ما لا يليق بمذهبه)[2].

وأمّا الوجه الخامس، وهو بيان حكم الفسخ إذا وقع ها هنا، هل يقع ظاهراً وباطناً أو ظاهراً خاصة؛ ففيه اختلاف. وكذلك اختلف أصحاب الشافعي فيه أيضاً. وزاد بعضهم مذهباً ثالثاً فيه وهو أن البائع إن كان ظالماً وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن، لأجل أنه يعتقد أن/ السلعة التي رجعت إليه بعد التحالف هو في إمساكها عن مشتريها منه ظالم غاصب، لكون المشتري ممكن[3] له من الثمن الذي يعلم أنه باع به، فلم يقبله منه، ومسك سلعته غصباً وتعدياً، والغاصب لا يحل له التصرف فيما غصب. وإن كان البائع مظلوماً انفسخ البيع في الظاهر والباطن لكون البائع قد مُنع من الثمن، ولا يلزمه تسليم سلعته بغير ثمن، وقد ردها المشترى عليه، فصار بردها كناقض حقه في عقدها، فتعود إلى ملك البائع ظاهراً وباطناً.

وفائدة هذا الخلاف أن الفسخ إن وقع في الظاهر والباطن حل للبائع التصرف فيها بما شاء من وطء وعتق وبيع وغير ذلك. وإن وقع في الظاهر خاصة لم يحل للبائع التصرف فيها بعتق ولا وطء، لأنه وطء لملك غيره، وعتق لملك غيره، وهو يقول: لي قِبَل المشتري دين منعني منه، وقد عثرت له على سلعة، فلا يمكّن من أخذها عوض دينه، لكن يمكن من بيعها في الدين الذي له عليه. فإن سَوِيَتْ مثلَ الثمن الذي له عليه فلا كلام، وإن سويت أقل من ذلك ففي[4] بقية الثمن ديناً له عليه، وإن سويت أكثر من ذلك رد الفضلة عليه.

(1) فراغ بمقدار كلمة.

(2) كلام غير واضح.

(3) هكذا، ولعل الصواب: ممكناً.

(4) هكذا، ولعل الصواب: تبْقَى.

وبين أصحاب الشافعي اختلاف: هل يبيع ذلك بنفسه، لأجل تعذر الرفع للحكام في مثل هذا، أو يتولى الحاكم البيع عليه؟ والأشبه بظاهر مذهبنا نحن أن نرفع للحاكم فيتولى البيع عليه.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

قد أشرنا إلى العذر في تقدمة الكلام على حكم الاختلاف في الكمية قبل الكلام على الاختلاف في الماهية. فاعلم أن المتبايعين إذا اختلفا في ماهية المبيع، فقال المسلم: أسلمت إليك في بُرّ، وقال المسلم إليه: بل أسلمت في تمرْ أو قال المسلم: أسلمت إليك في حنطة، وقال المسلم إليه: بل في شعير، فإن مالكا رضي الله عنه ذهب إلى أنهما يتحالفان ويتفاسخان، ولو كان اختلافهما عند حلول أجل السلم. وذكر أبو الفرج في الحاوي عن مالك رضي الله عنه مثل ما ذكرناه ها هنا. وذكر أن عبد الملك قال: إنهما لا يتحالفان لأنهما اتفقا على جنس واحد، إذا كان اختلافهما ما بين حنطة وشعير. وتقييده نقل الخلاف عن عبد الملك في أحد المثالين اللذين مثلنا بهما بقوله: وقال عبد الملك إذا اختلفا، فقال المسلم: أسلمت إليك في حنطة، وقال المسلم إليه: بل في شعير. ولم يحك ذلك عنه إذا اختلفا في تمر وحنطة، مع تعليله ما ذهب إليه: بأن اختلافهما في قمح أو شعير اتفاق منهما على جنس واحد يقتضي أنه لا يخالف مالكاً رحمه الله فيما ذهب إليه إذا اختلفا في جنسين متباينين كبُرّ وتمرْ. والتحالف والتفاسخ في اختلافهما في جنسين لم يختلف فيه أحد من أصحاب مالك رضي الله عنه لكن شيخنا أبا محمد عبد الحميد يخرج في هذا اختلافاً من قوله في المدونة، في صبّاغ صبغ لرجل ثوباً أسود، فقال صاحب الثوب: إنما أمرتك أن تصبغه أحمر أن القول قول الصباغ، ولم يقل: يتحالفان ويتفاسخان، مع كون محصول اختلافهما أن الصباغ يقول: إنما بعتك نيلا، وهو الذي صبغتُ به ثوبك، ويقول صاحب الثوب: إنما اشتريت منك عُصفُراً أمرتك أن تصبغ به ثوبي.

وهذا الذي ذكره في المدونة، في مسألة الصباغ، يوجب أن يكون اختلاف المسلم والمسلم إليه في برّ أو تمر، يصدّق المسلم إليه فيما ذكر أنه عليه.

وهذا الذي خرجه رحمه الله فيه نظر، وذلك أن الصباغ لما أسلم إليه الثوب وأمر بصبغه صار مؤتمناً على ما يفعل فيه، مصدق فيما ادعاه من الصِّباغ، كما صدق في أحد القولين مالك المشتريَ في مبلغ ثمن السلعة، إذا سلمها البائع إليه. وعلّل ذلك بأنه اؤتمن على ما دفع إليه، مع كون صاحب الثوب يدعي على الصباغ تعدياً قد يوجب عليه غرامة قيمة الثوب، والأصل براءة ذمته، فلم يقبل قول صاحب الثوب في دعواه ديناً في ذمة المشتري كما لم تقبل دعواه، على الرواية المشهورة، إذا فاتت السلعة ووجب على المشتري غرامة الثمن في إلزام المشتري غرامة ما يدعيه عليه؛ وكما قيل، في/ الوكيل إذا قال: أمرتني أن أشتري لك تمراً، وقد فعلت. وقال الموكل: بل برّا. . . إنه لا يصدق الموكِّل لأنه يدعي إيجاب غرامة على الوكيل، والأصل براءة ذمته، على ما سيرد بيانه في كتاب الوكالات.

وأما عبد الملك فإنه إنما استلوح ما ذهب إليه، في اختلاف المتبايعين، في هل كان السلم في قمح أو شعير؟ فإنما صار إلى ذلك لأنه لما رأى أن التفاضل بين القمح والشعير لا يجوز، استشعر من ذلك أنهما كصنف واحد اختلف المسلم والمسلم إليه هل عقد السلم على جيد ذلك الصنف أو رديئه، ولا معنى لاعتبار حكم الربا ها هنا لأن عِلل الربا غيرُ علل التداعي.

وإنما وجب التحالف والتفاسخ في الجنسين لأن المتبايعين لم يقر أحدهما بما ادعاه عليه الآخر من انتقال الملك فإذا قال المسلم: أسلمت إليك في برّ، وقال المسلم إليه: بل في تمر. وقال: بعتك هذه الجارية بمائة دينار. وقال الآخر: بل اشتريتها بمائة قفيز بر. فصاحب الجارية يدعي أن ثمنها دنانير أو عَرْض غير البر، والمشتري لم يقرّ له بذلك، فصار بمنزلة رجل قال لآخر: بعت منّي ثوبك، ويقول صاحبه: لم أبعه، فإن القول قول المدعَى عليه البيعُ

إجماعاً. فقوله في مسألتنا: وكذلك المشتري يدعي على البائع ما لم يقر له به، فإذا قال البائع: بعت جاريتي منك بثوبك، وقال المشتري: بل بعبد. وهكذا فإن البائع لم يقرّ له بانتقال الملك عن الجارية إلا بشرط أن يعطيه ثوبه عوضها، فلا يلزم نقل ملكه بجنس أمر(1) غير الجنس الذي أقر بأنه إنما باع به. وإذا اختلف الجنسان فلم(2) يقع اتفاق في نقل الملك، ولا على انعقاد البيع؛ بخلاف الاختلاف في مقدار الثمن فإنهما اتفقا على جنسه وعلى مبلغٍ مّا منه، وانفرد البائع بطلب غرامة المشتري زيادة على المبلغ الذي اتفقا على جنسه واستحقاق البائع له. وكذلك في السلم إذا قال المسلم: أسلمت إليك في تمر. فإنه يدعي على المسلم إليه أنه باع منه تمراً، فلا تقبل دعواه، ويدعي المسلم إليه أنه اشترى منه برّاً فلا تقبل دعواه. وإذا تقرر أن المذهب التحالف والتفاسخ/ في هذا، فسواء قيام السلعة فيه وفوتهما، لأجل ما بيناه من كون هذين المتبايعين لم يتفقا على جنس، ولا على انتقال ملك، لكن يجب رد القيمة ها هنا مع فوت السلعة المقبوضة.

وقد قال في المدونة: إذا قال بعتك جاريتي بمائة دينار، وقال المشتري: بل اشتريتها منك بخمسين ديناراً أنهما يتحالفان ويتفاسخان، وإن فاتت الجارية قضي على المشتري بقيمتها يوم قبضها.

وتنازع الأشياخ في هذه اللفظة هل هي متأولة أم لا؟ فذهب ابن شبلون إلى إبقائها على ظاهرها، ورأى أن القيمة التي يقضى بها، في هذا الاختلاف، يعتبر فيها يوم القبض، سواء كان التنازع في جارية أو عرض آخر سواها. ورأى الشيخ أبو محمد بن أبي زيد أن القيمة إنما تعتبر يوم العقد، لكن الجارية لما كانت فيها المواضعة أشار فيها إلى يوم القبض، وهو خروجها من المواضعة، وإن تقدم العقد أياماً. وإلى هذا التأويل ذهب الشيخ أبو بكر ابن عبد الرحمٰن،

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: آخَرَ.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لَمْ.

وذكر أنه ناظره الشيخ أبو القاسم بن الكاتب في مجلس الشيخ أبي الحسن بن القابسي رضي الله عنهم في هذه المسألة.

وسبب هذا التنازع الذي وقع بين هؤلاء الأشياخ أنه قد تقرر أن البيع الصحيح إذا وجب رد العرض فيه، وقد فات، فإنما تعتبر فيه القيمة يوم العقد، لأن يوم العقد تحقق انتقال الملك، فيطلب قيمة الملك الذي انتقل إليه إذا لم يقدر على رده لفوته. وتقرر أيضاً أن البيع الفاسد لما كان لا يجب إمضاؤه بل يجب نقضه ورده، ولم يتقرر فيه انتقال الملك انتقالاً محققاً، فاعتبر فيه يوم القبض ووضع اليد عليه، فاعتبر فيه قيمة ما وضَع عليه يده يوم وضعه يدَه وقبضه له. فقد رأى الشيخ أبو القاسم بن شبلون أن هذين المتبايعين لما اختلفا في جنسين تضمن ذلك كون الملك لم ينتقل على حسب ما صورناه أو لا، وإذا لم يتحقق انتقاله اعتبر فيه يوم القبض كالبيع الفاسد. ورأى الشيخ أبو محمد أنه لما كان عقداً لا فساد فيه، ولو رجع أحدهما إلى تصديق الآخر لم يمنع من ذلك ونفذ البيع بينهما، اعتبرَ في القيمة يوم العقد كما يعتبر في العقد الصحيح.

وإذا تقرر أن الحكم في اختلاف المتبايعين في جنسين التحالفُ/ والتفاسخ، فإنه لو حلف أحدهما ونكل الآخر، لكان الحالف يقضى له بما حلف عليه. لكن اعتبر الأشياخ ها هنا حق الله سبحانه فيما نهى عنه من أحكام الربا، وبيع الطعام قبل قبضه وما كان في معنى ذلك، فأَمَروا المقضيَّ عليه أن يتحيَّل على تخليصه[1] من الربا وما في معناه مما حرم. وإذا[2] اختلفا في قمح وشعير، والمكيلة فيهما سواء، وقد حل الأجل، فإنه إذا كان الحالف مَن له السلم قضي له بما حلف عليه، وحلّ للآخر أن يعطيه أن[3] يقول: إنه لا يستحقه لأن المبادلة في مثل هذا، قمحاً بشعير كيلاً واحداً، سائغ. ولو كان

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تخلُّصه.
(2) الأوْلى: فإذا...
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ما.

اختلافهما في هذين الجنسين، والمكيلة مختلفة، فزعم المسلم أنه أسلم في مائة قفيز قمحاً ـ. وقال المسلم إليه: بل في مائتي قفيز شعيراً، فإنه إذا حلف المسلم كان على المسلم إليه أن يخرج من ذمته الشعير، الذي يزعم أنه هو الذي له عليه، ويبيعَه ويشتري بثمنه قمحاً فيسلّمه للمخالف عليه. فإن تخلص، فيما باع، من خسارة أو ربح فلا كلام، وإن لم يوفّ ثمنُ الشعير الذي باعه بالقمح الذي يزعم أنه عليه أُمر أن يُكمل للحالف ما بقي له من القمح. وإن باع الشعير بزيادة على ما يشترى له به القمح، وُوقِفَتْ هذه الزيادة حتى يطلبها مستحقها، فإن لم يطلبها، وسلمها[1] تُصدِّق بها عنه. وقد قدمنا في كتاب السلم الأول ما يجوز أخذه عن الأطعمة المسلم فيها إذا حل الأجل، وإذا لم يحل، فمن هناك تعلم ما يجوز له أن يدفعه للحالف وما لا يجوز له أن يدفعه فيؤمر ببيعه، على حسب ما فصلناه. وراعى الأشياخ في هذا حق الله سبحانه في التخليص[2] من الربا وغيره مما يحرم في هذه المعاوضات والمبادلات، ولم يلتفتوا إلى النظر في العهدة، وكون ما علم المسلم إليه إذا بيع فقد يضيع الثمن فيتكلف خسارة أخرى، وكذلك إذا حلف المسلم إليه ونكل المسلم أمر المسلم أيضاً بأن لا يأخذ ما حلف عليه المسلم إليه بل يبيعه ليتخلص من الربا، ويشتري بثمنه ما يدعيه، على حسب ما فصلناه.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

المعروف من المذهب أن اختلاف المتبايعين في كيفية المسلم فيه، بأن يقول المسلم: أسلمت إليك في مائة قفيز قمحاً طيباً من جنس كذا. ويقول المسلم إليه: بل دنيئاً. وقد اتفقا في جنس القمح، أنهما يجري أمرهما على ما قدمناه من اختلافهما في الكمية، بأن يقول أحدهما: بعتك ثوبي هذا بعشرة

(1) أي: تركها.
(2) أي: التخلّص.

دراهم. ويقول الآخر: بل بتسعة دراهم. وجميع ما جرى من اختلاف الروايات عن مالك مما بيناه هناك، يجري ها هنا. لكن ربما وقع إشكال في بعض المسائل: هل يعود اختلافهما إلى جنسين، أو إلى صفة الجنس الواحد، كما كنا قدمنا مذهب مالك وعبد الملك، في اختلافها في قمح وشعير، أن مالكا ذهب إلى التحالف والتفاسخ، لكون الشعير(1) ها هنا جنسين. وذهب عبد الملك إلى أنهما كجنس واحد، واختلفا في جودته أو دناءته.

وكذلك اختلف أصحابنا أيضاً في اختلاف المتبايعين في سمراء ومحمولة، فذهب ابن حبيب إلى أن هذا الاختلاف يعود إلى اختلاف في صفة المسلم فيه فكأن من قال: أسلمت في سمراء، قال: أسلمت في قمح جيّد؛ ومن قال: إنما السلمَ على محمولة؛ قال: إنما أسلم إليّ في قمح دنيء. وقد كنا قدمنا عنه أنه يقول في السلم الفاسد إذا فسخ: لا بأس أن يأخذ محمولة من سمراء. وهذا قد يشير به إلى أنهما كصنفين، إن كان يمنع بعد الفسخ أخذ الصنف بعينه الذي وقع الفسخ فيه.

وذهب فضل بن سلمة إلى أنهما يتحالفان ويتفاسخان. وحمل بعض الأشياخ عليه أنه يرى هذا الاختلاف كاختلاف في جنسين، ويمكن أن يكون سلك في هذا طريقة من يرى التحالف والتفاسخ في الاختلاف في مقدار الثمن، وإن فات المبيع. ونقل هذا عن فضل بن سلمة بكلام يوهم أنه كذلك يقول: لو كان اختلافهما: هل وقع السلم في سمراء جيدة أو وَسَطة؟ وهذا النقل إنما يصح على ما أشرنا إليه بأنه سلك طريقة من يرى التحالف والتفاسخ في مقدار الثمن وإن فات المبيع.

ولو كان اختلاف المتبايعين، وقد وقع السلم في الخيل، هل وقع عقد السلم/ على ذُكْرانِها أو إناثها، لكان هذا اختلافاً في جنسين، لكون الأنثى تراد للنسل، والذكر لا يراد له. ولو كان هذا الاختلاف في بغال، لكان اختلافهما

(1) أي: والقمح.

في الذكورية والأنوثية اختلافاً في الصفة والجودة والدناءة، لأن الأنثى لا تراد للنسل. وهذا ينحصر الفقه فيه إلى مقتضى العوائد، وما يتعارف الناس في مثل هذا. وإنما ذكرنا هذا لأنه أنموذج لهذه المسائل. وبالله التوفيق.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

ذكر بعض المتأخرين من أصحابنا أن كل معنى يؤدي إلى الاختلاف في المثمن حكمه حكم الاختلاف في الثمن. قال: وذلك كاختلاف المتبايعين في الأجل، واشتراط. رهن، أو حميل، أو يقول: أحدهما اشترطت الخيار، ويقول الآخر: أنا اشترطت الخيار دونك، أو عقدنا البيع بتْلا.

وهذا الذي مثل به فيما[1] يؤدي إلى الاختلاف في الثمن الصحيح. لكن قوله: في اختلافهما في شرط الخيار، ووقوع البيع بتلا، مما يفتقر إلى تحقيق، وهو النظر فيما يختاره مدعي الخيار، هل الإمضاء؟ فيوافق دعوى من يدعي البتل، فلا يفتقر إلى يمين، أو يختار رد البيع، فيختلف هل يكون القول قولَه، أو قولَ من يدعي البتل، على ما يدعي. سيبسط الكلام فيه في موضعه إن شاء الله تعالى.

واعلم أن اختلاف المتبايعين في الأجل، لا يخلو من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتفقا على أن البيع وقع إلى أجل محدود، واختلف في هذا الأجل، هل تقضّى أم لا؟ و[2] يختلفان في مقدار الأجل، هل شهر أو شهران؟ أو يختلفان في نَفيه أصلاً، أو ثبوته، فيقول البائع: بعت على أن آخذ الثمن حالا. ويقول المشتري: بل إلى شهر.

فأمّا القسم الأول، وهو اتفاقهما على مدة الأجل واختلافهما هل تقضّى أم لا؟ فإن القول فيه قول من أنكر تقضّيه، لأنا نعلم أن هذا الاختلاف بينهما يرجع

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مما.
(2) هكذا، ولعل الصواب: أو.

إلى الاختلاف في زمن العقد متى كان؟ ولو اتفقا على زمن العقد، لأنكرت العقول عليهما اختلافهما في تقضيه؛ فإذا قال البائع: وقع العقد في أول يوم من شهر شعبان، والثمن يحل إلى شهرين. وقال المشتري: بل إني أدفع إليك الثمن بعد انقضاء شوال. مع موافقته له على أن البيع انعقد إلى شهرين. عُلِم أنه كَذَب في قوله: إن الأجل لم ينقضِ إذا استهل هلال شوال. وإن قال البائع: وقع العقد في أول شعبان والأجل شهران. وقال المشتري: بل في أول رمضان والأجل شهران. كان القول قولَ المشتري، لأن الأصل أن لا معاملة.. بينهما فيما مضى من غيرهما[1]، فهما باقيان على هذا الأصل مستصحبان له، حتى يثبت أنهما تعاقدا هذا البيع في زمن معلوم، ببينة، أو بإقرار، فيزول حكم استصحاب الحال.

وأما القسم الثاني، وهو أن يختلفا في مقدار الأجل مع اتفاقهما على ثبوته واشتراطه في أصل العقد على الجملة؛ فإن هذا الحكمُ فيه كالحكم في الاختلاف في الثمن، يجري فيه من الاختلاف ما قدمناه من الروايات عن مالك وأصحابه رضي الله عنهم. فيتحالفان إذا كانت السلعة في يد البائع، وإن فاتت بالقبض جرى ذلك على الاختلاف هل القبض فوت فيصدّق المشتري، كما روى ابن وهب في هذه المسألة بعينها في اختلافهما في الثمن؛ ويراعى في الفوت مع القبض أن يَبِينَ بالسلعة، أو يتغير سوقها أو ذاتها، على ما مضى بيانه، فيصدق المشتري في مقدار الأجل مع حصول الفوت، على الاختلاف المذكور فيه، أن ادعى ما يشبه. وهذا لم يختلف فيه المذهب، وكذلك مذهب الشافعي أجرى هذه المسألة على حكم الاختلاف في الثمن.

وخالف في ذلك أبو حنيفة: أن التحالف والتفاسخ مختص بالاختلاف في الثمن، وأما هذه الصفات الملحقة بالعقد التي لا تثبت فيه إلا باشتراط القول، فالقول قول من نفاها لكون حقيقة البيع لغةً وشرعاً تحصل، وإن لم يشترط أجل

---

(1) أي: الشهرين.

أو ضمين أو رهن، فمن ادعى تغير هذه الحقيقة وإضافة شرط إليها لم يقبل قوله، وكان الأصل أن يصدق المشتري/ في مقدار الثمن، على حسب ما كنا قدمناه. لكن ورد الخبر المتقدم ذكره وبيانه، فنقلنا عن مقتضى هذا الأصل والقياس، فلا يبعد ما اقتضاه الخبر.

نجيب عن هذا بأن قوله عليه السلام: «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع وللمبتاع الخيار»[1] يقتضي عمومه إجراء هذا الحكم في سائر الاختلافات، على اختلاف أنواعها، إلا ما خصه دليل. وإن زعموا أن هذا اللفظ مجمل لا يحتج به، قلنا: بل هو عموم. فإن قالوا: هو عموم من جهة المعنى لا من جهة الصيغة، لأنه لم يقل: كل مختلفين في أمر أو في حكم، أو في شيء، فيدعَى العموم في هذه اللفظة التي هي: امر أو شيء أو حكم؛ ولكنه لما قال: «إذا اختلف المتبايعان» ولم يذكر ما اختلفا فيه نصًّا ولا عموماً، صار من ناحية العموم في المعاني. قيل لهم: جماعةٌ من الفقهاء يقولون بالعموم في المعنى كما يقولون به في الصيغ. فإن قالوا: مرور الزمن ليس بثمن ولا في معنى الثمن، فلا يجب إلحاقه بالاختلاف في الثمن. قيل لهم: الصبر على المشتري حتى ينقضي الأجل هو الذي له رخصة[2] من الثمن. فالاختلاف في الأجل اختلاف في هذه الحصة، فجرى الحكم على الاختلاف في الثمن. وإن قالوا: لو ادعى البائع شرط البراءة من العيوب حين العقد، لم يتحالفا، وكان البائع مدعياً؛ فكذلك الأجل، إذا ادعاه المشتري. فأما بعض أصحابنا فأشار إلى الفرق أن الأصل في الشرع القيام بالعيوب، وهو من مقتضى العقد، فمن ادعى خلاف هذا الأصل وخلاف مقتضى العقد، كان عليه الإثبات.

---

(1) لم أجد إلا الحديث الذي رواه أبو أدود والترمذي وابن ماجة لفظ ابن ماجة: إذا اختلف البيعان، وليس بينهما بينة والبيع قائم بعينه، فالقول كما قال البائع، أو يترادان البيع ابن ماجة ج2 ص 737 ح 2186. وأخرجه الحاكم ج2 ص 45. وانظر تهذيب ابن القيم ج5 ص 163 وروي بمعناه عند الإمام أحمد ج15ص 66.

(2) هكذا، ولعل الصواب: حِصّة.

وبعض أصحاب الشافعي يرى أن دعوى الشرط بالبراءة من العيوب الباطنة في الحيوان التي يجوز اشتراط البراءة منها، لو اختلفا فيه لتحالفا كما يتحالفان في الاختلاف في الأجل.

وأما القسم الثالث، وهو دعوى البائع انعقاد البيع على كون الثمن حالاًّ، ودعوى المشتري أنه إلى شهر. فإنه ذَكر في تضمين الصناع من المدونة أنهما يتحالفان مع قيام السلعة؛ وإن فاتت صدق البائع في دعواه الحلول. وفي رواية غير يحيى تصديق المشتري مع الفوت. وذكر في كتاب الوكالات وكتاب الرهن من المدونة تصديق المشتري مع الفوت، إذا ادعى حداً قريباً لا يتهم فيه. وهكذا قال ابن القاسم في كتاب الرهن: إنه يقبل قول البائع في دعوى الحلول. وقد قدمنا لك اختلاف المذهب في مراعاة دعوى الشبه إذا اختلفا في الثمن، والسلعة قائمة. وأما مع الفوت فيراعى دعوى الشبه، فكأن من صدق البائع في الحلول رأى أن من ادعى الحلول هو الذي ادعى ما يشبه فيصدّق، ومن لم يصدق رأى أن البيع يكون حالاً وإلى أجل فيجري الأمر فيه على الاختلاف في الثمن مع فوت السلعة.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

قد قدمنا أن اشتراط تعيين المكان الذي يقبض فيه السلم ليس بشرط في صحة عقد السلم. فإن اتفق المتبايعان على أنه اشترط في العقد القبض في بلد بعينه، فإنه يقضى على من عليه السلم بتسليمه في البلد الذي وقع فيه[1] العقد، على ما قدمنا بيانه. وإن اتفقا على أن العقد وقع على شرط تعيين بلد، واختلفا في البلد المشترط، فلا يخلو أن يدعي أحدهما اشتراط البلد الذي وقع فيه العقد، أو يدعي كل واحد منهما اشتراط بلد غير البلد الذي وقع فيه العقد. وإن ادعى أحدهما اشتراط البلد الذي وقع فيه العقد، وكان ذلك بقرب زمن العقد، تحالفا وتفاسخا، لأن (الاختلاف في مقدار الأجل)[2] على حسب ما بيناه.

(1) هكذا، ولعل الصواب: عليه.

(2) هكذا في النسختين؛ ولعل المعنى: (كالاختلاف...).

ويجري في ذلك من الخلاف جميع ما قدمناه في أنواع الفوت، ومراعاة دعوى الشبه مع عدم الفوت؛ والاختلاف في ذلك لأجل أن مدعي موضع العقد ادعى ما يشبه، فإن وقع الفوت بطول الزمن، على المذهب المشهور المذكور في المدونة، صُدّق من ادعى موضع العقد، إن كان هو المسلم إليه، من غير خلاف عندنا. وإن كان مدعى موضع العقد المسلم، ففيه قولان: ففي المدونة أنه يصدَّق. وذهبَ سحنون/ إلى أنه إنما يصدق الغارم، وهو الذي عليه السلم، وإن كان مدعياً لغير بلد العقد.

وسبب هذا الاختلاف في هذا الوجه دون ما قبله، أنه إذا ادعى المسلم إليه موضع العقد، وهو الغارم، فقد قوي جانبه من وجهين: أحدهما: كونه غارماً، والغارم هو المدعى عليه. والثاني: كونه ادعى ما يشبه، ودعوى ما يشبه توجب تصديق من ادعاه ها هنا. فصار له ترجيحان، حتى إذا كان مدعي بلد العقد المسلمَ افترق هذان الترجيحان، فترجح جنبة المسلم إليه بكونه غارماً، وتترجح جنبة المسلم بكونه ادعى ما يشبه وهو موضع العقد، فحسن ها هنا الخلاف؛ فرجح في المدونة المسلم لأجل انفراده بدعوى الشبه، ورجح سحنون المسلم إليه بكونه غارماً.

وإن ادعى كل واحد منهما انعقاد السلم على القبض ببلد غير بلد العقد فإن المشهور من المذهب أن القول قول الغارم إذا ادعيا جميعاً من البلاد ما يشبه أن يُشترط قبض المسلم فيه.

وذهب أبو الفرج في الحاوي إلى أنهما يتحالفان ويتفاسخان.

فمن ذهب إلى أن القول قول الغارم رجح جانبه بكونه غارماً، ومع الفوت يصدق الغارم. وأما أبو الفرج فيمكن، عندي، أن يكون ذهب في هذا إلى طريقة أشهب، وهي التحالف والتفاسخ مع فوت المبيع، وهذا إذا ادعى كل واحد منهما بلداً يشبه أن يشترط قبض السلم فيه، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان. ولا يمكن أن يقال ها هنا ما قلناه في اختلافهما في مقدار المكيلة المسلم فيها، إذا ادعيا جميعاً ما لا يشبه فيها: إنهما يحملان على الوسط من سلم الناس،

على أحد القولين، كما قدمنا ذكر هذا، وذكْرَ الخلاف فيه لأجل أن البلاد كثيرةٌ، وكلُ بلد منها حكمه في نفسه يشبه اشتراط قبض المسلم فيه، كحكم بلد آخر في محاذاته، أو قريباً منه. والمكيلة مقدار الأسعار فيها معلوم، فإذا رُدَّ إلى الوسط من أسعارها حُملاَ على أمر معلوم. وقد تقدم بيان هذا. وقد قيل في الآجال: إذا تداعيا فيها ما لا يشبه، كما قيل في اختلاف الأمكنة التي لا يشبه القبض فيها، ولكن المعروف في اختلافهما في الأجل أن يحملا على الوسط من الأجل، لكون الأثمان يستدل بها من جهة الأسعار على مقدار الأجل، ويعرف الوسط منها.

ولو اتفقا على أنهما اشترطا بلداً معيناً، وتراضيا عند حلول الأجل على قبض الطعام ببلد آخر تلاقيا به، فإن اشترط قابض الطعام أن يأخذ مع المكيلة التي له على الذي عليه السلم زيادةَ دراهم أو عرض، فإن ذلك لا يجوز، لكونه بيعَ الطعام قبل قبضه لما باع المكيلة التي له في الذمة بمثلها وزيادة دراهم، أو عرض عليها، مع التفاضل بين الطعامين، مع تقدير النساء في بيع هذين الطعامين، وهو مسافة ما بين البلدين. وإن تراضيا على المكيلة مجردة من زيادة عليها، فإن ابن المواز وابن حبيب ذكرا إجازة ذلك. وذكر أبو القاسم بن الكاتب أن الأشبه أنه لا يجوز، لكون اختلاف مسافة البلدين، وأسعارهما كزيادة مقبوضة مع الطعام الذي أخذ ببلد غير البلد الذي تعاقدا على القبض فيه، فلهذا امتنع في اشتراط قرض الطعام أن يدفعه مسلفه في غير البلد الذي قبضه فيه، لما تقرر من كون الحمل في المسافة التي بين البلدين كزيادة مشترطة في السلف.

وإن لم يحل الأجل فلا يجوز التراضي بأخذ ذلك ببلد آخر، لكون التهمة ها هنا في حصول الزيادة متأكدة لكون الأجل لم يحل، ولم يلزم المسلم إليه أن يدفع السلم، فكأنه إنما يطوع لأجل حمل مؤونة المسافة. وذكر بعض الأشياخ أنه لا فرق بين حلول الأجل وكونه قد حل، وقد نبهنا على الفرق بتأكد التهمة إذا لم يحل الأجل، وضعفها إذا حل.

ومما يلحق بالكلام على اختلاف المتبايعين في مكان القبض اختلافهما في جنس المكيلة. فقد ذكر ابن حبيب أنهما إذا اتفقا على أن العقد وقع على مائة قفيز قمحاً، ولم يشترط كل واحد منهما عيار بلد بعينه، إنهما يحملان على المكيلة التي يُكتال بها بالبلد الذي وقع العقد به. وإن قال المسلم: بل شرطت مكيلة بلدي، وقال المسلم إليه: بل مكيلة بلدي. فإن القول قول الغارم وهو الذي عليه السلم، وهذا لأجل أن هذا/ ، الاختلاف يفضي بهما إلى اختلاف في مقدار المسلم فيه، هل هو مائة قفيز أو تسعون قفيزاً. وقد قدمنا أن القول قول الذي عليه السلم إذا وقع الاختلاف بعد زمن العقد. وكان بعض أشياخي يرى حملها على مكيلة البلد الذي اشترط قبض الطعام فيه، وهذا لأجل أنه يراه مقتضى العرف والعادة، وبالجملة فالمسألة راجعة إلى ما بسطنا القول فيه في اختلافهما في مقدار المسلم فيه.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

اختلاف المتبايعين في التسليم على وجهين:

أحدهما: أن يختلفا من الذي يبدأ بتسليم ما عنده.

والثاني: أن يختلفا: هل وقع التسليم أو لم يقع.

فأمّا الوجه الأول، وهو تشاحهما فيمن يبدأ بالتسليم فإن هذه المسألة لا أعرف فيها نصّاً جلياً لمالك ولا لمن تقدم من أصحابه.

لكن أبا حنيفة ذهب إلى أن المشتري يُجبر أن يبدأ بتسليم الثمن، فبعد تسليمه إياه يستحق قبض السلعة المبيعة.

وذهب الشافعي في الأظهر من كلامه إلى أن البائع يجبر على أن يبدأ بتسليم السلعة، فإذا أسلمها استحق قبض الثمن. . ومن أصحاب الشافعي من يضيف إليه قولين آخرين: أحدهما أنه لا يرى جبر هذا ولا هذا، ولكن يُعرِض الحاكم عن النظر بينهما، كأنهما لم يتبايعا، ويمنعهما من التشاجر والتخاصم.

حتى إذا تطوع أحدهما بأن يبدأ بالتسليم وسلّم ما عنده قضى على الآخر بتسليم ما عنده.

والثاني: أن الحاكم يقبض الثمن والمثمون، ثم يسلم لكل واحد منهما ما يستحقه، ولا يبالي بمن يبدأ به منهما. وأبو حامد الإسفراييني تردد في هذا النقل: هل ثبتت عن الشافعي هذه الثلاثة مذاهب أو لا يثبت عنه إلا البداية بجبر البائع على التسليم؟ وتردد في هذا الاحتمال كلام الشافعي. فقد صار الخلاف بين هذين الإمامين هل يبدأ بالمشتري ويجبر على التسليم كما قاله أبو حنيفة، أو يبدأ بالبائع فيجبر على التسليم كما قال الشافعي في المذهب الذي اتُّفق على إضافته إليه؟

وأما مذهبنا نحن فإن ابن القصار قال: الذي يقْوَى في نفسي جبر المشتري على البداية بتسليم الثمن أو إعراض الحاكم عنهما، كما قال الشافعي في أحد أقواله، ومال إلى أن البداية بجبر المشتري، كما قاله أبو حنيفة أقوى.

وأما شيخنا أبو محمد عبد الحميد رحمه الله، فإنه كان يرى أن المذهب عندنا على قولين:

أحدهما: البداية بجبر المشتري على التسليم، كما قاله أبو حنيفة. ويخرج هذا من كون الزوج مجبوراً عندنا على دفع الصداق قبل أن تمكنه المرأة من نفسها، وهو المشتري لمنافع البضع. ويخرج ما قاله الشافعي من البداية بجبر البائع على التسليم، من قوله في المدونة: إذا اختلف المكتري وصاحب الدابة في تعجيل الكراء وتأخيره ولم يكن بينهما شرط ولا عادة، فإنه يقضى على المكتري أن يدفع لصاحب الدابة بقدر ما سار. وهذا يقتضي البداية بالبائع في دفع السلعة، قبل أن يقبض الثمن الذي هو الكراء.

ونازع في هذا شيخنا أبو الحسن اللخمي فقال: إن المكتري ها هنا إنما لم يلزم بتعجيل الكراء قبل أن يركب، لأجل أنه لا يمكن أن يقسط الكراء على كل خطوة، لما في ذلك من الحرج والجهل بحقيقة التقسيط وأقل ما يقسط

الكراء على يوم يوم، يلزم المكتري أن يدفع نقداً عند طلوع الشمس ويتأخر قبض العوض عنه إلى آخر النهار. بخلاف إذا كان العقد على سلعة معينة يمكن تسليمها، وقبض الثمن بعد تسليمها في الحال، من غير تراخ، فإنا إذا أجبرنا المشتري على البداية بالنقد، على مذهب من ذهب إلى هذا، لم يكن في ذلك ضرر ولا إسقاط للمساواة بين البائع والمبتاع. بخلاف جبر المكتري على دفع كراءٍ وعوضُه يتأخر قبضه.

وهذا هو مدافعة لشيخنا أبي محمد عن استقرائه[1]، فيه نظر. ولشيخنا أن يقول: إذا جعلت في هذه المسألة خصوصاً دون غيرها من عقود البياعات، لأجل أن المشتري إذا أجبرناه على الوزن تأخر قبض عوض ما يوزن، وهذا لا سبيل إليه، فهلا عكستم هذا؟ وقيل أيضاً:/ لا يلزم ربَّ الدابة أن يقطع بالمكتري مسافة يوم، وما قطعه في أول النهار يتأخر قصد عوضه، فهذا التعليل ـ لما وقع في المدونة، ينقلب كما بيناه، وإذا انقلب عدل عنه إلى أن العلة في هذا كون البائع يبدأ بالتسليم في هذا وفي غيره، لأجل العلل التي نذكرها في توجيه هذا المذهب. ويذكر هذا أنه قد تقرر أن من باع سلعة بثمن إلى أجل فإنه ليس له حبس السلعة حتى يحِلَّ الأجل ويَقبض الثمن، لأنه لم يدخل على ذلك، لأجل[2] ما رضي به من التأجيل وقد أخذ عوض الصبر، فالثمن فيه زيادة على بيع النقود، فكذلك ها هنا المكتري قد علم أن ما اشتراه من المنافع لا يقبض دفعة واحدة بل يقبض شيئاً فشيئاً، فليس من حقه قبض الكراء حتى يفرغ آجال المشتري من المنافع. وهذا يولد ضعف الاعتماد على ما أشار إليه شيخنا أبو الحسن من الفرق لما أريناك من كون النظر يقتضي البداية بتقديم المشتري في دفع الكراء قياساً على بيع سلعة بثمن إلى أجل، فإن المؤجل يتأخر والمنقود يبدأ بتسليمه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وَفيه نظر.

(2) هكذا في النسختين.

وقد أشار أبو الحسن المعروف باللخمي إلى طريقة أخرى فقال: إن المحتبسة بالثمن، إنما وقع الخلاف في ضمان البائع لها، وأن المبيع مما لا يغاب عليه، كعبد أو دابة، لأجل أن البيع يختلف فيه، هل هو مجرد العقد، أو البيعُ التقابضُ بعد العقد؟ فإن قلنا: إن البيع مجرد العقد كان الضمان من المشتري، لكونه (لم يقبض)[1]. وإن قلنا: إنه التقابض لم يضمن المشتري ما احتبسه البائع من الثمن، لكونه لم يقبضه. فمتى قلنا: إن البيع هو مجرد العقد جبر البائع على تسليم السلعة، لحصول حقيقة البيع فيها، ثم يجبر المشتري على إخراج الثمن الذي وقع العقد عليه في ذمته. وإن قلنا: إن العقد هو التقابض حسن في ذلك ما قدمناه من الاختلاف بمن يبدأ بالتسليم، ويرى أن المتبايعين لا مزية لأحدهما على الآخر، وإذا لم يترجح أحدهما على الآخر ولم يكن له عليه مزية لم يتقدم أحدهما على صاحبه، ويؤمران بأن يخرج المشتري الثمن العين من ذمته فينقد ويوزن، ثم يمد يده به إلى البائع، ويمد البائع سلعته ويتقابضان معاً.

وهذا الذي ذكره هو النظر الصحيح إذا لم يكن لأحدهما على الآخر مزية ولا ترجيح، لكن يبعد تصور ذلك وخروجه إلى الوجود، لأنهما إذا تلاقت أيديهما فقد لا تمكن المساواة في التقابض في أضيق زمن، وقد يقول أحدهما: أزل يدك عن ثوبك قبل أن أزيل يدي عن كيسي. ويقول الآخر: بل أنت تزيل يدك عن كيسك قبلُ. وتصوّر تقابضهما معاً من غير سبق بحركة من الحركات في التسليم يبعد. ولكن إذا بعُد هذا ولم يتصور، وثبت الأمر به لأحدهما على الآخر، كانت القرعة أَوْلى، كما قدمناه في اقتراع المختلفين في اليمين: من يبدأ منهما؟ ولكنه مع هذا قال: ولو كان المبيع عقاراً فأخلاه من شواغله بائعه، ورفع يده عنه، لكان برفع يده يستحق قبض الثمن.

وهذا أيضاً فيه نظر، لأن رفع يده عنه تمكينَ المشتري من قبضه، فإن

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عقد.

لم يمكنه فإنه لم يرفع يده، وإن مكّنه فقد برأ[1] بالتسليم، وهو غاية المقدور عليه في تسليم العقار وما لا ينتقل. واختار أنه لو كان التعاقد على سلعة بسلعة لم يكن بدّ من تقابضهما معاً، إذ لا مزية لأحدهما على الآخر.

وقد أشار أبو حامد الإسفراييني إلى هذا الذي أشار إليه شيخنا من التفرقة بين أن يكون بيع السلعة بعين أو بسلعة أخرى، فقال: إذا كان المبيع سلعة بسلعة فإنه لا يتصور فيه ما حكيناه عن الشافعي من البداية بالبائع، لأن كل واحد من هذين بائع، لكن إنما يتصور فيه القولان الآخران، وهما إعراض الحاكم عن النظر بينهما، أو قبض العوضين منهما، على حسب ما بيناه من مذهب الشافعي.

واعلم أن مدار الخلاف في هذه المسألة على اعتبار ترجيح أحد المتبايعين على الآخر، فإن لم يكن ترجيح فليس إلا التقابض معاً كما قاله شيخنا أبو الحسن/ إن أمكن ذلك، على بعد إمكانه، أو القرعة بينهما.

وإن ترجّح أحدهما على الآخر قضي له على الآخر، فمن ذهب إلى ترجيح جنبة البائع وقضى له على المشتري بأن يبدأ المشتري بالدفع إليه يقول بأن البائع يقول: من حقنا أن تساويَ بيننا، وسلعتي المبيعة قد تعينت، وها أنا أسلمها، وما في الذمة من الثمن لم يتعين، وإن عينه في يده فله إبداله فلا يتعين إلا بتسليمه إليّ.

وهذا يقتضي ما ذهب إليه أبو حنيفة من البداية بالمشتري في التسليم.

ومن رجّح جنبة المشتري جبر البائع على التسليم أوَّلاً، ويقول: إن المشتري يزعم أن السلعة التي اشترى قد ملكها، وتعين حقه في عَينٍ معينة، وحق البائع عليه شيء في الذمة لم يتعين، فلا يؤخر عنه قبض ما تعين حقه فيه، فإذا لم يؤخر عنه قبض ما تعين حقه، وجب أن يبدَّأ بالبائع، ويقضَى على

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بَرِىء.

المشتري بالثمن الذي لم يتعين حين العقد.

وأما من ذهب إلى إعراض الحاكم عنهما، فإنه يرى أنه لما لم يترجح جانب أحدهما على الآخر لم يصح القضاء لهذا على هذا، فأبقاهما على المشاركة، ومنعهما من المشاجرة، كما لو ادعى رجل على آخر بدين فنكل المدعَى عليه عن اليمين، وردها على المدعي فنكل، فإنهما يتشاركان، ويمنعهما الحاكم من المشاجرة والخصام[1].

وعلى هذا الأسلوب جرى من ذهب إلى قبض الحاكم منهما الأعواض، ثم تولّي الدفع أوّلاً لمن شاء منهما، لكون أحدهما لا مزية له على الآخر. فصرف الخيار إلى الحاكم بعد قبضه ما في أيديهما جميعاً حتى يتساويا في الدفع إليه، ثم يخير هو فيمن يبدأ به.

هذا بيان اختلافهما فيمن يبدأ بالتسليم منهما.

وأما لو اختلفا: هل وقع التسليم والقبض أو لم يقعا، فإنه لا يخلو من قسمين: أحدهما: أن ينكر المشتري تسليم البائع السلعة المبيعة إليه؛ أو ينكر البائع قبض ثمن ما باعه.

فأما إن أنكر المشتري قبض السلعة المبيعة، فإن القول قوله، إذا لم يقع إشهاد بينهما على كون الثمن في ذمة المشتري، لأن على البائع التمكين من المبيع وتسليمه لمشتريه. والأصل كونه غيرَ فاعل لهذا، فإذا زعم أنه قد فعله فعليه إثباتٌ. وأما إن وقع الإشهاد على المشتري بالثمن، فإن في ذلك قولين: المشهور منهما أن البائع مصدق في دفع السلعة. وذهب محمد بن عبد الحكم إلى أن البائع لا يصدق في دفع السلعة. وهو ظاهر مذهب ابن أبي ليلى.

وهذا الذي قاله محمد بن عبد الحكم هو طرف التعليل الذي قدمناه؛ لأنا ذكرنا أن على البائع التمكينَ من المبيع والتسليم له. وإن ادعى أنه فعله فعليه

(1) هذا بناء على عدم مراعاة: مقابلة النكول بالنكول تصديق للناكل الأول.

إثبات ذلك. وهذا التعليل جار في كون المشتري قد أُشهد عليه الثمنُ، على حسب ما هو جار في[1] إذا لم يشهد عليه بالثمن.

ومن ذهب إلى تصديق البائع يعتلُّ بأن الظاهر في العادة أن المشتري لا يسامِح بالإشهاد على عمارة ذمته بالثمن، وكونه مطلوباً به، إلا وقد قبض السلعة التي هي عوض ما أشهد به على نفسه. فأصحاب هذا المذهب إنما انتقلوا على هذا الأصل الذي قررناه لأجل اعتقادهم كون العادة ما ذكرناه، ولم تثبت عند الآخرين هذه العادة، فأبقوا الحكم على الأصل الذي قدمناه. وإذا قرر هؤلاء أن التسليم يصدَّق فيه البائع ها هنا، إذا وقع الإشهاد على المشتري بالثمن، لدلالة العادة على صدقه، فإن في المستخرجة تصديقَه في ذلك، ويحلف على أنه سلم السلعة، إذا كان هذا التنازع بفور البيع. وأما إن أخر المشتري طلب السلعة حتى طال، أو حلّ أجل الثمن، فإنه لا يمين على البائع، وقدّر أن المشتري إذا لم يطلب السلعة المبيعة، إلا بعد طول زمن وقت[2] العقد، فإنه تبين كذبه في أنه لم يقبضها واتضحت العادة الدالة على كذبه فوق اتضاحها إذا أشهد على نفسه بالثمن وطلب السلعة بفور البيع.

وهكذا ذكر ابن حبيب عن مالك وأصحابه في إشهاد البائع على نفسه بقبض الثمن، ثم عاد يطلبه، واعتذر عن الإشهاد على نفسه بقبض الثمن، لأنه وثق بالمشتري أنه لا يمنعه إياه ولا يجحده، أنه لا يمين على المشتري لكون البائع ادعى ما أكذبته/ فيه البينة التي شهدت على إقراره بقبض الثمن. لكن ابن حبيب رأى اليمين على المشتري إذا ظهر سبب أو تهمة، وإن كان البائع قد أشهد على نفسه بقبض الثمن، لإمكان صحة ما اعتذر به عن ثقته بالمشتري مع وجود سبب أو تهمة تؤكد صحة اعتذاره. وفي الموازية وإلزام المشتري اليمين على دعوة البائع؛ وكأنه قدر اعتذاره يشبه ويليق.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فيما.

(2) هكذا في النسختين، والمعنى: طول زمن من وقت...

هذا حكم إنكار المشتري قبض السلعة المبيعة.

وأما إنكار البائع قبض الثمن، فإن الأصل في هذا المعتمد عليه ما كنا أشرنا إليه من استصحاب الحال، وكون ذمة المشتري عامرة بدين وهو الثمن، والأصل أنه لم يدفعه، ولا خلت ذمته منه، فإن ادعى أنه قد دفعه فعليه إثبات ذلك. لكن أيضاً اتفق المذهب ها هنا على اعتبار حكم العادة، فصدق المشتري فيما العادة التبايع فيه بالنقد في الأسواق، كالخبز والزيت والبقل، وغير ذلك مما يباع على النقد. فإذا تسلم المشتري المبيع، وبان به، صدق في دفع الثمن بشهادة العادة له بصدقه، وأنه لا يمكّنه البائع من فراقه بعد القبض للمبيع إلا وقد دفع إليه الثمن. وهذا لم يختلف فيه المذهب لاتضاح العادة الدالة عليه. لكن اختلف ابن أبي زمنين ويحيى بن عمر في هذا الجنس الذي يباع فيه قليله بالنقد، لو اشترى منه الكثير هل يصدق المشتري في دفع الثمن، كما صدق في القليل أم لا؟ فذهب ابن أبي زمنين إلى تصديقه. وذهب يحيى ابن عمر إلى أنه لا يصدق.

وهذا منهما اختلاف في شهادة بعادة فلو اتضحت العادة، بأن الكثير من الخبز والزيت والبقل لا يباع إلا بالنقد، كما يباع القليل من ذلك، لما اختلفا فيه.

وأمّا ما سوى هذا مما يباع على غير النقد، فإن القول قول البائع أنه لم يقبض الثمن، لما قدمناه من كون ذمة المشتري عامرة بالثمن، ولا بينة له على البراءة، ولا عادة تشهد وتصدقه، فوجب مطالبته بإثبات ما ادعاه من البراءة من الثمن المتقرر في ذمته، وهذا ما لم يطل الزمن بعد العقد طولاً تشهد العادة بكذب البائع في أنه لم يقبض الثمن، فيصدق حينئذ المشتري لشهادة العادة له. والتحقيق أن هذا الطول غير محدود ولا مقدر إلا بحسب ما تجري به العادة في سائر الجهات، ومن اختلاف أجناس التجارات. وإن كان ابن حبيب ذكر عن مالك أن الحيوان والعقار بخلاف البَزّ وغيره مما يباع على التقاضي.

فرأى أن العام والعامين في الحيوان والرقيق طول يشهد بصدق المشتري في دفع الثمن. وذكر عن ابن القاسم أنه ساوى بين العقار والحيوان والبز، ورأى أن البائع مصدق في أنه لم يقبض الثمن وإن طال الزمان، إلا أن يطول طولاً كثيراً لا يجوز البيع إليه، فإنه لا يصدق البائع حينئذ. وهذا كله مداره على ما قدمناه من اعتبار العوائد فلا معنى للرجوع إلى هذه الروايات فيه إذا كانت العادة في بعض البلاد بخلاف مقتضى هذه الروايات لأنها مبنية على شهادة بعادة وهذا واضح.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال: لها[1] اختلاف المتبايعين في الأحكام بأن يدعي أحد المتبايعين صحة العقد، ويدعي الآخر فساده. فإنه ذكر في المدونة أن القول قول مدعي الصحة على الاطلاق. ولم يفرق بين كون هذا الاختلاف يتضمن اختلافاً في الثمن أوْ لا يتضمنه، بل ذكر، في اختلافهما في السلم هل ضربا له أجلاً أم لا؟ وهل تأخر قبض رأس المال أو تقدم بشرط أم لا؟ أن القول قول مدعي الصحة.

وحمل الأشياخ ما وقع في المدونة على أن هذا الاختلاف لم يتضمن اختلافاً في الثمن، وإنما وقع بينهما اختلاف في صحة العقد أو فساده خاصة، مثل أن يقول أحدهما: عقدنا البيع يوم الجمعة والإمام يخطب، أو ما في معنى ذلك مما لا ينصرف الاختلاف فيه إلى الثمن.

ونوقضوا في هذا بأنه ذكر في المدونة أن القول قول مدعي الصحة وإن اختلفا: هل تأخر رأس مال السلم بشرط أو لا؟ وهذا يتضمن كونهما مختلفين في الثمن لأن اشتراط تأخير رأس المال يخالف اشتراط انتقاده في مقدار/ الثمن.

وأجاب بعضهم عن هذا بأن هذه المسألة تحمل على أن اختلافهما في هذا وقع بعد أن فاتت السلعة، ونحن إنما قلنا أن القول قول مدعي الصحة لأنه ادعى

---

(1) كذا في النسختين. ولا معنى لكلمة: لها. في هذا الموضع.

الأشبه، لأن الغالب في بياعات المسلمين الصحة، ومن ادعى الأشبه من المتبايعين صدّق مع فوت السلعة من غير خلاف، كما قدمناه قبل هذا في موضعه.

وإنما اختلف المذهب في تصديق مدعي الأشبه مع قيام السلعة، فالأكثر على أنه لا يصدق، بل يتحالفان ويتفاسخان. وقال عبد الملك بن الماجشون: بل يصدق من ادعى الأشبه. واختلف هذان[1] هل اشترطا في عقد السلم تأخير رأس المال أو لم يشترطاه، وإنما وقع عند حلول الأجل، وحلول الأجل في المسلم جرى مجرى الفوت في السلع المعينة، كما قدمناه. وأما لو كان اختلافهما في هذا في فور عقد السلم لتحالفا وتفاسخا، على حسب ما قدمناه من إيجاب التحالف والتفاسخ مع قيام السلعة عند من لا يراعي الأشبه. وأمّا من يراعيه فسواء عنده قيام السلعة وفوتها.

وهذا الذي ذكروه هو مقتضى أصل المذهب في الاختلاف في الثمن تصريحاً أو ضمناً، على حسب ما قدمناه في موضعه، ونبهنا عليه من كون مراعاة دعوى الأشبه تجب مع فوت السلعة من غير خلاف. واختلف فيها مع قيام السلعة.

وإذا اتضح أن العلة في تصديق مدعي الصحة كونه ادعى الأشبه، لأجل أن البياعات الصحيحة هي الغالب في بياعات المسلمين فقد كان شيخنا رحمه الله يذهب في هذا إلى أن بعض أجناس البياعات لو غلب على المتعاملين فيها الفساد لصدق مدعيه. ونستشهد على هذا بأنه قد صدق الزوجة، إذا أرخى الزوج عليها الستر، أنه وطئها، ولو كان ذلك في نهار رمضان الذي لا يحل الوطء فيه، لمّا كان الغالب كون الستر لا يرخى على الزوجة إلا وهو مبادر إليها وإلى جماعها.

وهكذا قيل في المغارسة إذا غلب على أهلها التعاقد على الفساد أنه

---

(1) هكذا؟

يصدق من ادعاه. وهذا الذي قاله صحيح على مقتضى أصل المذهب الذي قررناه مراراً من الاستشهاد بالعوائد. وقد نص ابن المواز على أنهما إذا اختلفا في الصحة والفساد، وفي مقدار الثمن، أنهما يتحالفان ويتفاسخان. وهذا هو الذي قدمناه عن المشهور من المذهب أنه لا يراعي دعوى الأشبه في الاختلاف في الثمن مع قيام السلعة، فأجراهما ابن المواز ها هنا على حكم الاختلاف في مقدار الثمن خاصة، مع اتفاقهما على صحة العقد، مع كون دعوى الأشبه لا تعتبر كما بيناه.

وقد وقع بين الأشياخ تنازع في هذا الذي قاله ابن المواز، فبعضهم رأى أنه مذهب صحيح، وهو الجاري على أصل المذهب، وهو الذي يدل على صحة عموم الحديث، وهو قوله عليه السلام: «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع» الحديث الذي تقدم ذكره مراراً. ولم يفرق في هذا الحديث بين كون أحدهما ادعى مع هذا صحة أو فساداً بل ذكر البداية بالبائع عموماً. وخالفه غيره في هذا، ورأى أن أصول الشرع تقتضي الطرد عن الأيمان عند التخاصم والتحاكم، ما أمكن، لئلا يكون من ألزمناه اليمين كاذباً، فيحمله على الإثم. فإذا كان البائع المخالف من الثمن هو مدعي الفساد وجب أن يبدأ به، أخذاً بعموم الحديث. فإن حلف استحلف المشتري وانفسخ البيع بتحالفهما، وإن بدّأ بالبائع المدعي للفساد، على ظاهر الحديث، فنكل، حلف المشتري وصح البيع بالثمن الذي ذكر، ولم يفسخ. وإن نكلا جميعاً فسخ البيع على حسب ما قدمناه في بيان حكم تناكلهما جميعاً.

وأمّا إذا كان البائع هو مدعي الصحة/ والمشتري هو مدعي الفساد، فإنا نبدأ ها هنا بالمشتري لأنه إن حلف فسخ البيع بمجرد يمينه من غير مطالبة للبائع باليمين، لأنه لو طلبناه بها فحلف فلم يفده إلا فسخ البيع، وفسخ البيع قد ثبت بيمين المشتري عليه، فلا يحسن إذا حلف المشتري المدعي للفساد أن يطالب البائع بيمين لا تفيد شيئاً، ويدعى إلى ما هو لغو غير مفيد، وقد يكون فيه آثماً إن كان كاذباً. فلما تصور ها هنا أن البداية بمدعى الفساد، بائعاً كان أو مشترياً،

يقتضي ألا يحلف سواه، إذا كان ذلك أولى من البداية بيمين من ادعى، استحلفنا/ غيره. وهذا الذي نصره الشيخ أبو إسحاق. ورأى غيره أن الأولى البداية بمدعي الصحة، لأنه قد ينكل عن اليمين فلا يحلف، فينفسخ البيع، حلف مدعي الفساد أو نكل، فيكون نكول مدعي الصحة مقتضياً إسقاط اليمين عن الآخر، يحصل من هذا تقليل الأيمان كما قدمناه. ولكن قدرها الشيخ أبو إسحاق مِن جهة وقوع اليمين مِمَّنْ بدأنا به. وقدرها غيره بنكول من بدأنا به، فحصل التقليل من الأيمان، ولكن هل بيمين أحدهما أو بنكوله؟ هذا الذي وقع فيه التنازع.

فصل ألحقناه لأجل ما توخيناه من الجري على ترتيب المدونة، وهو الكلام على الوكالة على السلم. ثم الكلام على تعدي الوكيل. وكانت الرتبة تقتضي تأخير هذا الكلام إلى كتاب الوكالات حق ذكرنا عذرنا في تقدمته ها هنا. والكلام في الوكالات على السلم يشتمل على ستة أسئلة منها أن يقال:

1) من المطلوب برأس مال السلم: الوكيل أم الموكل؟

2) وهل يصح عقد السلم على كون الثمن متردداً بين ذمة الوكيل والموكل؟

3) وهل يجوز توكيل من ليس بمسلم؟

4) وهل يباح للوكيل أن يسلم لنفسه أو لمن يتهم فيه؟

5) وهل يتقيد مطلق الوكالة بالعادة؟

6) وهل للوكيل أن يوكل غيره؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال: الوكالة على السلم جائزة، كما تجوز في سائر عقود المعاوضات ثم لا يخلو الوكيل من أن يصرح بأنه وكيل على العقد خاصة والثمن مطلوب به الموكِّل، أو يصرح بأن الثمن عليه، أوْ لا يصرّح بأحد الوجهين.

فإن صرح بأحد الوجهين قضي بموجب تصريحه من براءته من الثمن أن اشترط البراءة منه، أو إلزامه إياه إن اشترط التزامه. كذلك ا لمسلم فيه الذي

وكِّل على عقْدِه.

هكذا ينقسم الأمر في الوكالة على المعاملة بالنقد، فإنه إن وكل على بيع سلعة كان له قبض ثمنها، وإن وكل على شرائها، وأخبر البائع أنه وكيل لغيره، فإن ابن المواز رأى أن مجرد إخباره بأنه وكيل لغيره، أو أنه اشترى السلعة لغيره لا تسقط عنه المطالبة بالثمن. وذكر أنه إذا قال البائع[1]: فلان بعثني لأشتري له هذه السلعة منك. فإن هذا لا يبرىء الوكيل من الثمن. قال: لأنه يقول له البائع: أنت مشترٍ منّي، ولا أبالي هل شراؤك لنفسك أو لغيرك. وذكر في المبسوط عن مالك: أنه إذا وجد البائع الدراهم زيوفا أنه لا يلزمه بدَلُها، وإنما يطالب بالمال الموكّلَ، إذا كان قد أخبر الوكيلُ البائعَ أنه إنما اشترى لغيره.

وهذا يقتضي عند بعض أشياخنا أن المذهب على قولين في مطالبة الوكيل بالثمن إذا لم يصرح بالتزامه ولا بالبراءة منه. ورأى أن هذا الاختلاف ينبني على الاختلاف في البيع هل هو العقد بمجرده أو هو التقابضُ العِوَضِيُّ. وعلى هذا أجرى اختلاف قول مالك في ضمان العبد المحتبس بالثمن، هل يضمنه المشتري؟ لأن البيع هو العقد، وقد حصل، أو لا يضمنه، لأن البيع هو القبض، وهو لم يحصل. فكذلك يختلف في مطالبة الوكيل بالثمن. فإذا قيل: إن البيع هو العقد، فقد نجز ما وكِّل عليه، وفرغ منه، لأنه إنما وكّل على البيع، وقد حصل. وإن قلنا: إن البيع هو التقابض، فإن الوكيل يُطلب بالثمن، لأنه لا يحصل ما وكل عليه وعَقَده إلا بالتقابض. وهو[2] الذي أسند إليه هذا الاختلاف في المحتبسة بالثمن في هذه المسألة لا يستقيم، إذا اعتبر بحقائق الأصول. وسنبسط الكلام على هذا عند كلامنا على المحتبسة بالثمن، وذكرنا لما ذكره الشيخ أبو الحسن بن القابسي رحمه الله من كون الخلاف فيها مبنياً على ضمان الحيوان، وما لا يغاب عليه في الرهان، ولما ذكره غيره من الأشياخ من كون الخلاف في ذلك مبنياً على مراعاة مضي قدر التسليم بعد زمن العقد. ولكن

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: للبائع.

(2) هكذا، ولعل الصواب: هذا.

الضابط: الحقيقة في هذا أن الأصل براءة الذمة، ولا تعمر إلا بدليل يوجب تعميرها. وقد علمت أن الطرفين اللذين ذكرناهما، وهما اشتراط الوكيل البراءة من الثمن أو التزامه له، متفق عليهما، ويبقى النظر فيما بين هذين الطرفين، فإن كانت العبارة الصادرة من الوكيل: بعثني إليك فلان لتبيع منه. فإن هذا يقتضي أنه غير مطلوب بالثمن، لكونه قد[1] أسند البيع إلى الموكِّل. وإن عبر عن هذا بأنه قال: بعثني لأشتري منك. كان مطلوباً بالثمن، لأنه قد يراد بهذه العبارة أنه دلّنِي على الشراء منك لنفسي. فلا يسقط عنه ما يوجبه/ مقتضى العقد من مطالبة المشتري بالثمن.

وإن كانت العبارة: لأشتري له؛ أو ما في معنى هذا، كان هذا على القولين المذكورين عن كتاب ابن المواز، وعن المبسوط. على أنا إذا قلنا: إن الخلاف في هذا يستند إلى النظر في البيع، هل هو التعاقد أو التقابض، كان ما وقع في المبسوط خلافاً لما وقع في الموازية. وإن قلنا: إنَّه يلتفت في هذا إلى العرف والمقاصد، أمكن أن يقال: إنه إذا وكِّل على شراء بالنقد، فقد دفع إليه النقد على مقتضى غالب العادة، فلا يصدق في أنه لم يدفع إليه. وإذا دفع النقد، وظهر فيه زيوف يمكن أن لا يكون علم بها، فإنه قد ادعى من هذا ما يمكن والبدل لم يقتضه حكم العقد في غالب العادة. ولو أنكر المسلم قبض الثمن والعقدَ، فإنه يحلف ويبرأ، ويسقط عنه السلم.

واختلف في غرامة الوكيل الثمنَ الذي دفعه بغير إشهاد حتى جحده القابض، فقيل: يغرم، لأنه كمتلف رأس المال على من وكله. وقيل: لا غرامة عليه. وقد علم أنه لو شرط له أن لا يدفع إلا ببينة، فدفع بغير بينة، أنه ضامن، لتعَدِّيه ما أَذِن له فيه. ولو شرط أنه يدفع بغير إشهاد لم يضمن لرِضا رَبِّ المال له بذلك. فإذا لم يشترط أحدَ الوجهين فعلى ماذا يحمل أمر الوكيل منهما، هذا منشأ الخلاف.

---

(1) بياض بالأصل، قدرنا أنه: (قد أسند).

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

إذا شرط المسلم في العقد أن الموكِّل إن لم يُقرِّ بالوكالة. فالوكيل ضامن المسلّم فيه، ومطلوب به.. فإن هذا أجازه ابن القاسم في المدونة، ومنعه سحنون ورآه غرراً، ومنعه أشهب ورآه ديناً بدين. وقد علم أن الغرر في العقود ممنوع. وكذلك الدين بالدين.

ولكن وقع النزاع في تصور الغرر في هذا العقد.

فرأى ابن القاسم أنه لا غرر فيه فأجازه، وإن كان المسلم فيه متردداً بين ذمتين لا يدري المسلم من يطلب منهما، كما أجيز البيع على الحميل والبائع يجهل مَن المطلوب بالثمن هل المشتري إن كان حين الطلب غنياً أو الحميل إن كان المشتري حين الطلب فقيراً.

ورأى سحنون أن هذا غرر وتخاطر في العقد، لكون دافع رأس مال السلم لا يدري أيّ الذمتين يطلب: أذمة الوكيل أم الموكل؟ ويعلم أن المسلّم فيه لم يستقر حين العقد في ذمة معلومة بل يتردد استقراره ما بين ذمتين، وهذا غرر ظاهر. ولا يُنقض هذا بإجازة البيع على الحميل، لأجل أن المشتري مطلوب بالثمن، وهو مستقر في ذمته، وإن طرأ عليه فقر فإن ذلك لا يسقط الطلب عن ذمته متى أيْسر. ولا يبرىء فقرُه ذمتَه من الثمن. لكن أخذ الحميل تقوية لذمة المشتري أو زيادة في الثقة بها. والثمن لم يتردد في استقراره في ذمة المشتري في كل الأحوال، حين العقد وبعده، بخلاف البيع باشتراط حميل.

ومن الأشياخ من يشير إلى طريقة أخرى وهي المساواة بين تردد الثمن بين ذمتين كما صورناه في مسألتنا، وفي مسألة اشتراط الحميل. فإن مسألتنا هذه ذكر في الكتاب أن المأمور قال: إن فلانا أمرني. وكلامه محمول على الصدق، وأكد تصديقه بالتزام المبيع في ذمته إن جحد الآمر، وجحود الآمر بعد إقراره أمر نادر، والنوادر لا تراعى في العقود، وإمكان جحوده بعد إقراره كإمكان فقر الغريم بعد ملائه حتى يفتقر إلى طلب الحميل، والعقود لا يراعى فيها من الغرر

ما ليس بمقصود. وما صور من غرر في مسألة الحميل، وتردد الثمن بين ذمتين. الغرر في المسألتين غير مقصود، وإنما القصد، بما اشترط فيهما، التوثقة، فلم يمنع ذلك كما لم يمنع الرهان.

وأمّا ما أشار إليه أشهب في تعليله من منع تردد الثمن بين ذمتين، فإن ذلك دين بدين، فإنه يقدِّر أن المبيع استقر في ذمة الآمر على مقتضى قول الوكيل، وتصديقه فيما قال، فيكون بجحوده يقتضي نقل ما في ذمته إلى ذمة الوكيل، وبيع الدين الذي عليه بدين يصير على الوكيل. وهذا أيضاً قد يجاب عنه بما قدمناه من كون القصد ها هنا التوثقة وتأكيد ما في الذمة، لا التخاطر، ولا بيع ذمة بذمة. قد استقر الدين في الأولى ثم عاوض عنها ذمة/ أخرى.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

قد تقرر في الشرع جواز التوكيل والاستنابة فيما يجوز النيابة فيه. لكن قد يعرض عارض يمنع من الاستنابة التي هي جائزة في الأصل على الاطلاق، وذلك بأن تتضمن الوكالة الوقوع في فعل حرام، أو كونَ الغالب الوقوع فيه، ولهذا يصح الرجوع. ولهذا يمنع من أن يوكل المسلم النصراني على بيع أو شراء يغيب عليه، لكون النصراني وغيره من الكفار يستحلون في شرائهم ما لا يستحله المسلم الموكل لهم. ولهذا ينهى المسلم أن يقارض ذمياً، لكونه يُتخوف منه أن يعامل بالربا، وما لا تحل المعاوضة به. وقد قال ابن المواز: إن نزل هذا تصدّق المسلم بالربح.

وهذا الذي قاله ابن المواز إنما يخلّص فيما يتخوف من الحرام أن يكون فعله النصراني من الربا، (إلا من رأى نقض ما فعل وإن لم يعلم من عامله تصدق بالربح لكون الربح هو الحرام)[1] قال الله تعالى: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾[2]، وأما لو وقع الوكيل الذمي أو المقارض الذمي في المعاوضة

(1) ما بين القوسين هو نصّ النسختين، وهو كلام غير واضح.
(2) سورة البقرة: الآية 279.

بخمر أو خنزير وأتى الموكِّلَ بأثمان ذلك فإنه يتصدق بجميع ما أتى به، لأن العوض كله ثمن خمر وخنزير وذلك حرام. وفي الربا إنما الحرام الزيادة، وهي التي تسمى ربا، فإذا تصدق بها ارتفع حقيقة الربا. لكن لو كان الذمي عاوض بهذا عن علم بتحريمه على المسلم، وأن المسلم الذي وكّله لم يرد ذلك منه ولا أذن له فيه، فإنه يكون متعدياً على مال حلال أعطاه إياه المسلم، فأتلفه عليه بمال حرام، تجب الصدقة به، فيغرم للمسلم ما أتلف عليه من ذلك. وقد منع في المدونة من توكيل الذمي على تقاضي الديون. وما ذاك إلا أنه قد يُغلظ على المسلمين الذين وُكِّل عليهم في التقاضي، ويستعلي عليهم، قصداً لإذلالهم، ولا يجوز للمسلم أن يُعينه على ذلك. وقد ذكر في المدونة أنه ليس لسيد العبد الذمي أن يمنعه من شرب الخمر، وبيعها، والذهاب إلى الكنيسة، لأن ذلك من دينه، وقد أقره على دينه، فيقره على أحكامه لمّا أقره عليه.

وقد عارض الأشياخ ما وقع في الكتاب من قوله: لا يمنع عبده بيع الخمر وشراءها بأن السيد له أن يمنع عبده النصراني والمسلم عن التجارة في المباحات، وأن يبيعها أو يشتريها، ويحجِّر عليه ذلك، فكيف به إذا أراد التحجير عليه في المحرمات كبيع الخمر وشرائها.

وقد اعتذر بعضهم عن هذا بأن المراد بالعبد ها هنا المكاتب، لأن المكاتب لا يقدر سيده على منعه من التَّجْر في ماله، ولا التحجير عليه، ما دام مكاتباً، فالمباح والمحرم في حق المكاتب النصراني سواءٌ في كون سيده ليس له أن يحجِّر عليه في ذلك.

وقال بعضهم: بل المراد، بما وقع في الكتاب، في المال اليسير الذي يعطيه سيده إياه لقوله: وليرفّه به نفسه. فإن هذا يصير في حكم ما لا حق للسيد فيه، وما لا حق للسيد فيه ليس له أن يحجّر عليه فيه..

وهذا الاعتذار والاعتذار الأول يرجعان إلى معنى واحد وهو حمل المسألة على مال ليس من حق السيد أن يحجر عليه فيه. لكن اختلفوا في التمثيل

فبعضهم مثل بالمكاتب لما كان ليس لسيده الحجر عليه، وبعضهم مثل بما يعطيه لقُوته لما كان ليس له أن يحجر عليه أيضاً فيه.

وصار بعضهم إلى اعتذار آخر سلك فيه طريقة أخرى، فقال: المراد بما وقع في الكتاب من هذا أن السيد لا يجب عليه أن يمنعه من هذا لكونه في حكمه. وقد حاول فعلاً حراماً، لأجل أن السيد لما رضي له بالمقام على دينه صار كالراضي له بالجري على أحكامه. فأشار بهذا إلى نفي وجوب تغيير هذا المنكر على السيد، كما يجب ذلك عليه لو حاوله عبد له مسلم.

وهذا تأويل وإن لم يبعد في معناه فقد بعد عن مقتضى لفظ الكتاب، لأنه قال: ولا ينبغي للمسلم أن يمنع عبده النصراني من شرب الخمر وبيعها وشرائها. وقوله: «لا ينبغي» كالنهي له عن أن يفعل. وهؤلاء حملوا ذلك على أن المراد به: لا يجب عليه أن يفعل، وإن كان مباحاً له أن يفعل. وهذا يبعد حمل هذا اللفظ عليه.

وقد اختلف القول عندنا في منع الزوج المسلم زوجته النصرانية من شرب الخمر، وأكل الخنزير، والخروج إلى الكنيسة. فقيل: ليس له منعها/ من أحكام دينها وما هو من شرائعها، لأنه إنما نكحها على ذلك، وعلى ذلك تزوجته. وقيل: له منعها من ذلك، ومن إتيان الكنيسة إلا في الفرض والأمر النادر.

وقد أجاز في الكتاب وكالة العبد. ولكن لو وُكِّل عبد أجنبي والعبد الوكيل محجور عليه، لكان لسيده طلب إجارته فيما تولى من سعي في العقد، لكون سعيه ومنافعه يملكها عليه، فليس لغيره أن يتملكها ولا ينتفع بها دون إذن سيده، ولو كان العبد مأذوناً له في التجارة والسعي في مثل هذا، والنيابة فيه من مصالح تجارته ومن جملة ما تضمنه إذن السيد له فيه، فإنه لا أجرة على من وكله.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال: إنه قد تقرر أنه ليس لأحد أن

يتصرف في مال أحد إلا على حسب ما أذن له فيه الشرع، وإن أذن له فيه المالك. وهذا يقتضي نص الوكيل على مقدار ما أذن له فيه. فإذا وكِّل على أن يُسْلِم في طعام، فأسلم إلى نفسه، أو من في معنى نفسه، فإن هذا مما يتعقب عليه، لتطرق التهمة إليه. فأمّا إسلامه إلى نفسه، فالمعروف من المذهب عندنا منعه من ذلك، لاتضاح التهمة فيه، وكون الموكل يستشعر منه أنه إنما وكله على إسلام ماله لمن يَستقْصِي في الاجتهاد في مماكسته، واستصلاح ما يعقد منه، ولا يمكن في العادة أن يؤثر أحد على[1] أحد على نفسه.

وقد اتفق على أن رب المال لو صرح حين الوكالة بأنّي إنما أوكلك على أن تُسْلم إلى من سواك، فإنه ممنوع أن يسلم إلى نفسه، ومتعدٍّ في ذلك إن فعله. ولو صرَّح له، بأني وكلتك أن تسلم إلى من شئتَ حتى نفسك؛ لكان له أن يسلم إلى نفسه، ويكون الموكّل كالواهب له بعض ماله، إن نَقَصَ في الاجتهاد وحابى نفسه.

وإن لم يصرح بهذا ولا هذا وأطلق القول فَعلى ماذا يحمل؟ ها هنا يحسن الخلاف، فالمعروف من المذهب المنع كما قدمناه. وقال أبو محمد عبد الوهاب في الوكيل إذا باع واشترى بأثمان لا محاباة فيها فإن ذلك جائز. فلعلّه قدر أن إتيانه بثمن يُستدل به على أنه لو لم يبالغ في الاجتهاد لم يأت إلا بأقل منه يرفع عنه التهمة، وتطيب نفس الموكل عليه. فلهذا أمضاه.

وقد وقع في المذهب ما يدل على اضطراب في هذا الأصل إذا فعل ذلك الموكل، هل هو يجري على أحكام الغاصب في فعله، أو على أحكام من فعل شيئاً بوجه شبهة؟ وضبط المذهب في هذا أنه إذا لم تفت السلعة التي باعها من نفسه، ولا تغيرت في ذاتها، ولا في سوقها، فإنه من حق الموكل أن يستردها، ويفسخ عقده فيها، إلا ما ذكرناه عن القاضي أبي محمد عبد الوهاب من إمضاء ذلك، على التفصيل الذي حكيناه عنه. وإن لم يشعر بذلك الموكّل حتى فاتت

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أحدٌ أحداً. . .

السلعة وعُدِمت عينها فإنه يكون لربها الأكثرُ من الثمن الذي أتى به، أو قيمتُها.
وإن فاتت بتغير سوقها، أو ذاتها، ففي المذهب قولان: هل لصاحبها استرجاعها، وفسخ البيع فيها، كما له أن يسترجع سلعته من يد غاصب لها، وأن تغيرت ذاتها وأسواقها. أو يمضي ذلك ولا يكون له أخذ عينها بل له الأكثر من الثمن أو القيمة، لأنه ليس كالغاصب والمتعدي فيما فعل من البيع من نفسه، لأجل ما في ذلك من الشبهة والتأويل. وقد ذكر في كتاب القراض من المدونة، فيمن اشترى سلعة بدنانير، ثم بعد شرائها ذهب لرجل أخذ منه مالاً قراضاً، وأراد أن ينقده في تلك السلعة التي اشتراها: إنه يُنهى عن ذلك، لأنه يُخاف أن يكون استقلالها[1] بعد اشترائها، فأراد أن يصرف ما وقع من غبن فيها إلى مال القراض. وهذا إشارة منه إلى أنه ليس كالمعزول عن البيع من نفسه، ولا كالغاصب الذي لا تأويل له ولا شبهة، لأنه إنما علل بتهمته فيما فعل، فإذا ارتفعت التهمة مضى فعله، على مقتضى ما حكيناه عن القاضي أبي محمد عبد الوهاب. وقال أيضاً غير ابن القاسم في كتاب القراض: كل من وكِّل على بيع فباعه من نفسه، وأعتق العبد الذي اشتراه من نفسه، فإن عتقه مردود، إلاّ المقارض إذا[2] كان له فيما أعتق شركة من ناحية الربح، فلم ير عتق الوكيل الذي اشترى من نفسه ماضياً ولا أمضى العتق بحِرمته، بل جعله كالغاصب يعتق ما غصب، فإن عتقه غير نافذ إذا رده مالك العبد. ولو أراد مالك/ العبد إلزام الغاصب قيمة العبد، لأجل عتقه إياه، فإن ابن شعبان ذكر في هذا قولين:

أحدهما أن ذلك ليس من حقه، لكون العبد لم يتغير في نفسه ولا سوقه، ولم يُحدث الغاصب سوى كلام لا تأثير له في عين العبد المغصوب.

والقول الآخر أن ذلك من حقه، وما هذا إلا أنه قدر أن الغاصب لما أعتقه فكأنه التزم قيمته لربه، فلرب العبد أن يطلبه بما التزم.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: استغلاها.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إذ.

وذكر ابن حبيب أن الوكيل على بيع سلعة فاشتراها وباعها بربح، أن الربح للموكِّل، وكذلك الوصي إذا اشترى لنفسه من مال الأيتام الذين في ولائه شيئاً وباعه بربح، فإن الربح لهم. وهذا الذي ذكره قد يهجس في النفس أنه أمضى شراءه من نفسه، فلهذا لم يقل: إن للموكل أن ينقض ما فعل، ويشتري ما باعه الوكيل بعد أن اشتراه لنفسه. لكن يمكن أن يكون إنما لم يقل ذلك لأنه رأى أن بيعه من نفسه غير واقع ولا لازم وهو كالعدم، فبيعه بعد ذلك نافذ بحكم ما تقدم من وكالة رب السلعة، ولم تعتبر نيته وقصده فيما باع أنه إنما باعه على ملك نفسه لا على ملك من وكله.

فأنت ترى هذا الاضطراب المشعر بما ذكرناه من رد المسألة إلى كون الوكيل معزولاً عن البيع من نفسه حتى يكون متعدياً في ذلك إن فعل، أو ليس كالمعزول لأجل تأويله، وللشبهة التي يتعلق بها في هذا من الإذن له في البيع عموماً، مع كون الموكل إنما غَرَضُه تحصيل الثمن لا النظر في أعيان من يشتري سلعته. وإذا كان البيع وقع عن ملك أو شبهة الملك نُفِّذ/ كما ينفذ بيع من اشترى سلعة شراءً فاسداً ثم باعها بيعاً صحيحاً، على ما سيرد بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأما بيعه مِمن تتطرق التهمة إليه في البيع منه، كبيعه من ولده الصغير الذي في ولايته أو يتيم في ولايته، فإنه منع ذلك في المدونة، ورأى ذلك يتنزل منزلة نفسه في تطرق التهمة إليه، وأجاز ذلك سحنون لما كانت العهدة في مال ابنه ويتيمه لا في مال نفسه، فلم يمنع من ذلك كما لم يمنع من بيعه من ولده الكبير ومن زوجته. والنكتة التي تعتبر في هذا ما قدمناه من تطرق التهمة إليه وقربها منه أو بعدها عنه. هذا سبب الاضطراب في بيع الوكيل ممن في ولايته.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

إعلم أن هذا السؤال جوابه يدور على ما قدمناه من اعتبار ما صرح به الموكّل، أو قام مقام التصريح بدلالة قرائن الأحوال أو العادة. فإنا نقيد مطلق

الأقوال بقرائن الأحوال، فإذا وكل رجل رجلاً على شراء ثوب أو خادم، فاشترى له من الثياب أو الخدم ما يصلح للباسه وخدمته. فإنه يلزمه ذلك. وإن اشترى له ما لا يصلح له ولا يليق به من ذلك، فالمذهب على قولين:

لم يُلزمه ابن القاسم ذلك. وألزمه إياه أشهب. وخلافهما راجع إلى ما قدمناه، فقد علمت أن قوله: اشتر لي ثوباً؛ عموم ينطلق على كل ما يسمى ثوباً، كان الثوب مما يصلح للموكِّل أو لا يصلح له. لكن ربما اقتضت العوائد دلالة على قصده أنه أراد شراء ثوب يصلح للباسه. فمن اعتبر عموم المقال، ولم يخصصه بالعوائد، قال بمذهب أشهب. وبين الأصوليين خلاف في تخصيص العموم بالعادة. والموكَّل على شراء سلعة لا يخلو أن يكون يُقيِّد المثمون والثمن، أوْ لاَ يقيدهما جميعاً، أو يقيد المثمون دون الثمن، أو الثمن دون المثمون.

فإن قيدهما فخالف الوكيل ما قيّد له، كان متعدياً من غير خلاف، مثل أن يقول له: اشتر لي ثوباً يصلح للباسي بأربعين ديناراً. فاشترى له ثوباً لا يصلح للباسه بخمسين ديناراً. فإنه لا يلزم الموكِّل لكونه خالف ما قيد له في الثمن والمثمون. وهذا لا خلاف فيه.

وإن أطلقهما جميعاً فقال: اشتر لي ثوباً. فإنه إن اشترى ثوباً يصلح للباس الموكل بقيمة مثلِه، فإنه يلزم الموكِّلَ ذلك. وإن اشترى له ثوباً بثمن فاحش خارج عن العادة لم يلزم ذلك الموكلَ، لأنه كمُتْلِف مالِه عليه، ولم يوكّله على إضاعة ماله وإتلافه. وسواء في هذا اشترىِ له ما يصلح للباسه، أو لا يصلح للباسه.

وإن قيد المثمون دون الثمن، فقال: اشتر لي ثوباً. يصلح للباسي، فإنه إن اشتراه بقيمته لزم ذلك الموكلَ، وإن اشتراه بزيادة خارجة عن المعتاد على قيمته، لم يلزم ذلك الموكلَ.

وإن قيد الثمن دون المثمون، بأن يقول له: اشتر لي ثوباً بأربعين ديناراً.

فها هنا. اختلاف بين الأشياخ، ما الذي يقتضيه مذهب ابن القاسم ها هنا؟ فرأى بعضهم أن التقييد بالثمن يرفع التقييد في المثمون، وأنه إذا اشترى له بأربعين ديناراً ثوباً يصلح للباسه أوْ لاَ يصلح للباسه، فإنه يلزمه؛ وإن كان ابن القاسم يرى أن الاطلاق في المثمون يتقيد بحكم العادة، ويُقصَر الوكيل على شراء ما يصلح للباس الموكِّل، لأجل أنه إذا قيد الثمن ها هنا أشعر بأنه لم يقصد إلا[1] إلى تحصيل ما يساوي أربعين ديناراً على أي حال كان مما يصلح للباس الموكل أوْ لاَ يصلح. ورأى بعضهم أن هذا التقييد في الثمن لا يدفع التقييد في المثمون الذي اقتضته العادة مما يصلح للباس الموكل.

واعلم أن التقييد في الثمن لا يوجب المنع من زيادة يسيرة عليه، لأنه قد علم في العادة أنه لا يتفق غالباً شراء سلعة بما يحدَّد في شرائها من الثمن، ولا بدَّ عند المماكسة/ فيها من زيادة على ما حَدَّ من الثمن أو نقصان منه. فأما النقصان منه فلا اعتبار به وإن كثر، لأن ذلك أبلغ في الاجتهاد للموكل وأنفع له. وأما الزيادة الكثيرة فإنه لا يلزم الموكلَ الاستغناء[2] عنها. وأما الزيادة اليسيرة كمن حد له أربعون ديناراً، فاشترى بأحد وأربعين، فإن ذلك يلزم الموكل للحاجة إلى مثل هذه الزيادة، وأنه لا يستغنى عنه. فإن وقع الوكيل في زيادة كثيرة لم يلزم ذلك الموكل لكونه خارجاً عما حَدَّ له، وعما هو في حكم ما حد له، وإن زاد زيادة كبيرة كان الموكل بالخيار، إن شاء قبل ذلك منه ورضي به، وإن شاء ألزمَه غرامة الثمن الذي حَدّ له ودفعه إليه. وأما الزيادة اليسيرة فإنها تلزم الموكل، على حسب ما قلناه، وبيّنا وجهه. لكن هل يصدق الوكيل في أنه زادها، ويطلب ذمةَ الموكل بها؟

وإن هلكت السلعة التي اشتراها له هل يجري على قولين، وهما: من أمر أن يُخرج ما في ذمته إلى أمانته، هل يُقبل قوله، في أنه أخرج ذلك إلى أمانة،

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب حذف إلا.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: للاستغناء. كما يدل عليه قوله بعدُ في مقابل هذه الصورة: (وأنه لا يستغنى، عنه).

حتى يكون مصدقاً في ضياعه، أو لا يصدق في إخراجه من ذمته؟ وسنبسط الكلام عليه في موضعه إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

إذا وكل رجل رجلاً على أن يبيع له أو يشتري، فليس للوكيل أن يوكل غيره، لما قدمناه من كون أملاك المالكين لا يُتصرف فيها إلا على حسب ما أذنوا فيه، وهو إنما أذن لهذا الوكيل بعينه في التصرف في ماله، ورضي بأمانته دون أمانة غيره، فهو متعد إذا خالف ما رَسَم له مالك المال. فإذا وكله على أن يُسلِم له في طعام، فوكّل الوكيل غيرَه على ذلك، فإنه لا يلزم الموكِّلَ ما فعله الوكيل الثاني، لكونه لم يُلْزَم ما عُقِدَ عليه إلا إذا فعله من أذن له فيه، وهو لم يأذن لوكيل الوكيل. وذكر ابن حبيب أنه قد قيل: إن الوكيل الثاني إذا اجتهد، وتوثّق، وفعل ما يفعله الأول، فإن الموكل ليس له نقض هذا الفعل.

وهذا لا يصح إلا على اعتبار المقاصد، وأن رب المال قصده تحصيل عقدٍ على طعام بولغ في الاجتهاد فيه، وفي التوثق في عقده. والمعروف من المذهب ما قدمناه، وأن ذلك لا يلزم الموكِّل الأولَ على الاطلاق. فإذا قلنا بالمعروف من المذهب، فلا يخلو من أن يكون شعَر بذلك مالك المال، وهو لم يدفع إلى من عُقِد السلمُ عليه، أو أُسلِم إليه وهو قائم العين في يديه، أو أسلم إليه وقد ذهب الثمن من يديه وغاب عليه، أو لم يشعر بذلك إلا بعد أن حل أجل السلم وقبض المسلم فيه. فإن شعر بذلك قبل أن يدفع الوكيل رأس المال كان رب المال بالخيار بين أن يجيز فعل هذا الوكيل الثاني، ويمضي عقده ويأمره بدفع الثمن، أو يرد عنه ويسترجع الثمن. وكذلك إذا شعر بهذا بعد دفع الوكيل الثاني الثمن ولم يغب عليه من هو في يديه ممن أسلم إليه. وأما إن غاب عليه فإنه صار ديناً على الوكيل الأول لتعدّيه ما أُذِن له فيه، فلرب المال، ها هنا، أن يرد فعله، ويطالبه بغرامة المال الذي دفع إليه. وهل له أن يجيز فعله ويمضيه؟ منع ذلك في الكتاب، ورآه كفسخ دين في دين، لأجل أن هذا الثمن

كماً[1] تعدّى فيه الوكيلُ الأول صار ديناً عليه لرب المال، له المطالبة به، فإذا عزل[2] عن المطالبة بهذا المال الذي صار له ديناً على الوكيل إلى الرضا بأخذ ما أسلم فيه، فإنه فسخ ديناً وهو رأس المال الذي استحقه على الوكيل/ المتعدي في طعام يقبضه إلى أجل من ذمة المسلم إليه. وقيل: ذلك جائز له ولا يكون هذا فسخ دين في دين، لأنه لا يكون الثمن ديناً على الوكيل إلا إذا رضي رب المال بإغرامه إياه ولم يرض بإمضاء عقده، فحينئذ يكون ديناً على الوكيل فيمنع من فسخه في دين آخر. وأما إذا لم يختر تضمين الوكيل، واختار إمضاء ما فعله، فلم يملك ديناً على الوكيل يقدَّر فيه الفسخ، فلا يمنع من الرضا بإمضاء ما فعله، لأنه لم يتحقق فسخُ الدين في الدين. وهذا جَار على أصل تدور عليه فروع كثيرة تذكر في مواضعها، وهو من خُيِّر بين شيئين، وملك أن يملك، هل يُعدّ في اختياره أحد القسمين منتقلاً عن الآخر أم لا؟. وهل يقدر فيمن ملك أن يملك كأنه استقر ملكه عليه حتى يَصير منتقلاً عنه إلى ما سواه، أم لا؟ يقدر أنه قد استقر ملكه عليه فلا يتصور فيه النقل من وجه إلى وجه؟ وهذا يبسط في موضعه إن شاء الله تعالى[3] وأما إن لم يشعر بذلك حتى حل الأجل، وقُبض المسلم فيه، فإنه يكون بالخيار بين أن يطلب الوكيل برأس المال الذي تعدى فيه، أو يرضى بإمضاء فعله، ويكون الطعام له، ولا يتصور في هذا فسخ دين في دين، ولا يختلف فيه، لكون ما خير فيه قد حضر جميعُه وحل.

وقد قدمنا أن المعروف من المذهب منع الوكيل من أن يوكل غيره، لكن لو صورت المسألة في وكالة رجل مشهور بعلوّ المرتبة، وجلالة المقدار، ويعلم أنه لا يتولى مثل ما وكِّل عليه بنفسه، بل يستنيب فيه، فإنه إذا كان من وكله عالماً بحالته هذه، فإنه لا يكون متعدياً بوكالة غيره، من غير خلاف، لأن الموكل لما علم حاله، وأنه لا يباشر هذه الأمور بنفسه، بل يستنيب فيها، صار

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لَمَّا.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عَدَلَ.

(3) انظر «الفروق» للقرافي: الفرق 121 ج 3 ص 20.

المقصود من وكالته أن يوكل على ما وكل عليه. لكن لو كان الوكيل مشهوراً بهذا الحال من الجلالة المانعة من كونه مباشراً لهذه الأمور بنفسه، ولم يعلم بذلك رب المال، فإن هذا مما تردد فيه كلام الشيخ أبي إسحاق، وقال: إن الأشبه ألا يضمن هذا الوكيل، لأنه يقول: ليس جهلُ من وكلني بالموجب عليَّ الخروجَ عن عادتي، فإنه[1] غير متعدٍّ بجرياني على عادتي. ثم أشار إلى أن الوكيل لا يصدّق في أنه لم يعلم حاله لكونه ادعى ما يكذبه فيه العرف غالباً. وهذه إشارة إلى التعليل بكون الموكل عالماً بحال الوكيل ونحن لو صورنا المسألة في علم الموكل بحالته لارتفع الاشكال.

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فإني.

فصـــل

في تعدي الوكيل

إذا خالف الموكَل، فلا تخلو مخالفته له من أربعة أقسام:

أحدها: أن يخالف في الجنسية أو في النقدية أو فيهما جميعاً، أو يخالف في العددية خاصة، مثل أن يأمره بأن يبيع له سلعة بدنانير، فباعها بطعام أو عرض، أو يأمره أن يبيعها بدنانير أو عرض نقداً، فباعها بذلك إلى أجل، أو يأمره أن يبيع بعشرة فباعها بثمانية.

فأما إذا خالفه فيما أمره أن يبيع به من الأجناس، فإن الموكل لا يلزمه ما فعل الوكيل، وسلعته باقية على ملكه، لأنه لم يأذن بأن ينقل عن ملكه إلا على صفة شرطها على الوكيل، وإذا فعلها على صفة أخرى لم ينتقل ملك الموكل عنها، وأن شاء الموكِّل أجاز تعدِّيَهُ، وقَبِل الثمن الذي عقد الوكيل به وإن لم يكن تقدم إذنه فيه. هذا هو الأصل لأن من تعدى له على سلعة، فبيعت بغير إذنه، فإن الخيار في إمضاء ما فعل المتعدي، من بيعها، أو نقض فعله، وإبقاه[1] على ملك نفسه، على حسب ما كانت عليه قبل الوكالة. وقد ذكر في المدونة: أن من وُكِّل على بيع عرض أو طعام، فباعه بعرض أو طعام، فإن الوكيل ضامن، إلا أن يشاء الموكل أن يجيز فعلَه ومضيَّه[2]، ويأخذ ما عقد به من الثمن.

ولكن أكثر القول في تعقيب هذا الجواب الذي ذكر في المدونة لأجل أنه

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إبقائها.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يُمضيَه.

ذكر في السؤال أنه وكل على بيع طعام أو عرض فباعه بطعام أو عرض، ثم أجاب عن هذا بأن الوكيل[1] مخير بين أن يرد ما فعل الموكِل[2] أو يمضيه، ويأخذ الثمن الذي باع به. وقد اشتمل السؤال على وكالته على بيع طعام، فباعه بطعام وإذا كان بيعه بطعام لا يلزم الموكلَ لأنه وإن أطلق له الإذن فالعادة البيع بالدنانير والدراهم، فالمخالفة له فيما أطلق من هذا على مقتضى العادة كمخالفته فيما شرطه وأمر أن يباع به، نُطقاً، كأن مشتري هذا الطعام من الوكيل اشترى طعاماً فيه خيار/ لمالك بطعام يدفعه لوكيله، ولا يجوز فيما من شرط صحة عقده التناجز أن يعقد على خيار.

وهذا يجاب عنه بأن يقال: أما لو علم المشتري بأن الوكيل متعد في هذا البيع وعقده معه على أن لمالك الطعام خياراً في هذا العقد، إن شاء استرد طعامه من يد المشتري وإن شاء أبقاه له، وأخذ الطعام الذي دفعه المشتري ثمناً عن طعام هذا الموكل. فإن هذا العقد فاسد لأجل عدم التناجز. وأن عقده على الخيار مانع من حصول التناجز.

وأمّا إن لم يعلم المشتري بتعدي هذا الوكيل، واعتقد أنه (عقداً جائزاً له لازماً)[3]، فإن هذا جار على القولين المشهورين في هذا الأصل. وابن القاسم يمنع هذا، وأشهب يجيزه.

وسبب هذا الاختلاف أن من قدّر أن العقد لم يزل منبرماً جائزاً لمّا أجازه الموكل حين علم به، لم يتعقب هذا العقد، ورأى أن إجازة الموكل لفعل الوكيل يتضمن كون الوكيل لم يعقد إلا عقداً ماضياً جائزاً. ومن قدر أن هذا العقد لم يُبرم ويَلزَمْ إلا الآن حين علم الموكل فأجاز، أبطل هذا العقد لأنه لم يحصل فيه التناجز حين عقده، وإنما حصل فيه التناجز حين أمضاه الموكل وأجازه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الموكَل.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الوكيل.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أنه [عقد] عقدا.

وعلى هذا الأصل جرى الاختلاف في نكاح، حكم الولي فيه بالخيار في رده أو إمضائه، فأمضاه بعد أن وطىء الزوج زوجته، ثم زنت، فإن قدّرنا أنه لم يزل ماضياً حين العقد لمّا أمضاه الولي الآن، كانت الزوجة بالوطء الذي تقدم إجازة الولي محصنة لأن الوطء وقع بعد عقد ماضٍ منبرم. ومن لم يقدر ذلك، ورأى أنه إنما انعقد وانبرم حين أمضاه الولي، لم تكن بالوطء التقدم[1] إجازته للولي محصنة، لأنه وطْءُ «ليس بواقع في نكاح منعقد».

إلى غير ذلك من المسائل التي يكثر جريانها على هذا الأصل.

فهذا بيان القول فيما تعقب من الجواب الواقع في المدونة في هذه المسألة متى بقيت دلالة ألفاظها على ظواهرها.

وأشار بعضهم إلى حملها على وجه يغني عن هذا الاعتذار، وأجراها على الخلاف، فقال: إن ما ذكر في المدونة في السؤال أنه وكل رجلاً على بيع عرض أو طعام، فباعه الوكيل بعرض أو طعام، فيمكن أن يكون لم يُرد أن البيع وقع بكل واحد من الجنسين المذكورين، في الجواب على أحد الجنسين المذكورين في السؤال، وإنما أراد به باع ما وكل عليه من العروض بطعام أو باع ما وكل عليه من طعام بعرض، فذكر هذا على جهة المقابلة، لكون نوع في الجواب لنوع خلافه وقع في السؤال. فإذا كان المراد هذا لم يتصور في المسألة تعقب من ناحية بيع الطعام بطعام. وقد ذكر في رواية الدباغ في المدونة جواب هذا السؤال، وقال: يباع العرض الذي أخذه الوكيل ثمناً وإن كانت السلعة الموكَّل على بيعها قائمة. فإن كان ثمن هذا العرض يفي بقيمة العرض الذي وكَّل الموكل على بيعه لم يبق للوكيل والموكل مطالبة، وإن زاد ثمن هذا العرض عن قيمة العرض الموكَّل على بيعه كانت هذه الزيادة للموكِّل، لأنها ثمن عرض يعتقد من هو في يديه أنه إنما اشتراه للموكل، وعاوض عنه بمال الموكل، فلا

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المتقدم.

يكون ربحه له مع تعديه أيضاً، وحرمان المتعدي الأرباحَ والفوائدَ قد يحسم مادة التعدي والغصب.

وقد طرح سحنون هذه الرواية لأجل أن الأصل ما قدمناه من كون المتعدي على سلعة رجل لا يضمنها ويغرم قيمتها مع قيام عينها وكونها لم تتغير في ذاتها ولا سوقها. ولا معنى لتضمينه مع كون مِلك المالك لم يتغير بوجه من وجوه التغيير. وقد وقع لابن القاسم في المستخرجة فيمن تعدى على طعام فباعه بعرض إلى أجل، أن هذا العرض الموكَّل لا يباع، فيأخذ صاحب الطعام ربحه. وقال الشيخ أبو القاسم بن الكاتب إنما قال هذا لما كان الطعام مضموناً بمثله، وما كان مضموناً بمثله فعينه كالموجودة وإن ذهبت، لكون مثله يسد مسده وينوب منابه، وقدر الطعام ها هنا كالعين إذا تعدى فيه. وذكر في كتاب ابن المواز، فيمن أودع دراهم فصارفها لربها بدنانير، فذكر أن الدنانير تباع ويشترى بها مثل الدراهم المودعة، فإن كان في الدنانير فضل كان ذلك لربها الذي أودعها، وإن قصرت الدنانير عن الدراهم غرم المودَع ما نقص من الدراهم. وهذا أيضاً لأجل اعتقاد المودع أن الدنانير إنما صرفها لتكون ملكاً لرب الدراهم/ فلا يستبد بربح ما ليس بملكه، ولا يعطى ربحاً ولا فائدة مع تعديه، على حسب ما قدمناه.

وقد تعقب هذا بأنه إذا كان ممنوعاً من أخذ الدنانير التي صرفها المودع فكيف أبيح له ربحها؟ وكيف يسوغ له أخذ ربح ما يحرم عليه أخذ عينه؟

وهذا التعقب إنما ينبني على أحد القولين، وهو منع رب الدراهم المودعة إجازة صرفها له، وقد ذكرنا الخلافَ في هذا الأصل. وسببَ الخلاف فيه.

على أنه يمكن أن يكون العذر عن هذا التعقب كونَ التحريم ليس بواضح، لأجل اختلاف أهل المذهب فيه، مع كون سبب التحريم على أحد القولين، الاحتياطَ من إمضاء عقد فضة بذهب لم يحصل فيه التناجز. فإذا عُدِل برب المال عن قبض الدنانير التي صرفها المودَع له، وبيعت، ورد إليه رأس ماله

وهي الدراهم، فإنه لم يحصل في يديه عوض وقع فيه صرف مستأخر، وإنما أعطي ما زاد على رأس ماله لئلا يربح المتعدي، وقد بيّنا وجه منعه من الربح فيما تعدي فيه. وقد قيل: إن قوله فيمن دفع إلى وكيلٍ دراهم ليُسْلمها له في سلعة، فصرفها بدنانير، ثم أسلم الدنانير، وكان فعله في الصرف مما لم يؤذن له فيه، لكونه غيرَ محتاج إليه، أنه إذا قبض المسلمَ فيه كان لرب رأس المال أن يقبض المسلم فيه. وإن كان ممنوعاً من إجازة ما فعله الوكيل من الصرف له، لمنع من أخذ عوضه وهو المسلم فيه، لأنه إذا أسقط حقه في العوض عنه فكيف يقدّر أنه لا يباح له ملك شيء ويباح له ملك العوض عن ذلك الشيء؟ وهذا لا يصح فيه ما وقع من هذا الجواب إلا بعد أن يكون يباح له أخذ ما صرف له.

وهذا العذر عنه ما قدمناه من صرف الدراهم المودعة لربها من غير إذنه، والذي ذكرناه من رواية الدباغ من بيع العرض الذي باع به الوكيل، وأخذ الموكل ثمنه في القيمة التي وجبت له على الوكيل بتعديه. وقد ذكره ابن المواز في كتابه وذهب إلى أن العرض الذي باع به الوكيل يباع به ليقضي ثمنه في قيمة العرض الذي تعدى الوكيل في بيعه بما لم يؤمر به، فإن كان ربح كان للموكل، وإن كانت خسارة ونقصٌ من القيمة كان ذلك على الوكيل، ورأى أن هذا هو الحكم.

وإن كانت سلعة الموكل قائمة بيد مشتريها لم تفت ولم تتغير في ذاتها ولا في سوقها فهذا الذي ذكرنا أن سحنونا أمر بطرحه في أكثر الروايات عنه، لخروجه عن الأصول هو الذي ذهب إليه ابن المواز. وقد نص غير ابن القاسم في كتاب الوكالات من المدونة على أن الوكيل لا يضمن مع قيام الطعام الذي وكل على بيعه فباعه بغير ما أذن له فيه. ولما رأى بعض الأشياخ أن هذا الذي ذهب إليه غير ابن القاسم في كتاب الوكالات من المدونة. والذي اختاره سحنون، وأمر بطرح ما سواه، هو الجاري على الأصل، أعتذر عما وقع من القول الآخر من تضمين الوكيل وإن كانت السلعة التي باعها قائمة لم تتغير في سوقها ولا بدنها، فإن هذه الرواية محمولة على أن المشتري نازع في كون هذه

السلعة المبيعة للموكل، وزعم أن الوكيل مدع لها، وأنها للوكيل الذي باعها. والحكم في هذا ألا يصدق الموكل أنها له إلا بإثبات، فإذا لم يمكنه الإثبات، ومنعه المشتري من استرجاعها، فقد صار الوكيل أفاتها عليه لتعديه، فلزمه قيمتها لفوتها.

وهذا التأويل إن صح حمل الرواية عليه وأن قصد من ذهب إلى هذا المذهب كون المسألة مبنية على أن الوكيل أتلفها على ربها، فإنه لا يختلف في تضمين الوكيل. ولا يكون المذهب في هذا إلا على قول واحد، وهو سقوط تضمين الوكيل مع كون السلعة التي تعدى عليها قائمة لم تفت ولم تتغير.

هذا حكم تعدّيه في مخالفة الجنس فيما أمر أن يبيعه.

وأما ما أمر أن يشتريه فخالف في جنس الثمن، فإنه ذكر في المدونة أنه إذا أمره أن يشتري له سلعة فاشتراها بغير العين، من عرض أو مكيل أو موزون، فإن الموكل لا يلزمه ما عقد عليه من هذا، لكون الوكيل عقد عليه بخلاف ما أذن له فيه. لكن للموكل أن يجيز فعله، أو يضمّنه[1] ويدفع إليه مثل ما أداه من الثمن.

وهذا ظاهره أن الموكل إذا أجاز فعله يعطيه مثل ما أدى من الثمن ولو كان عرضاً لا يكال ولا يوزن، لأنه ذكر في السؤال أنه خالف فاشترى بعرض أو بمكيل/ أو موزون. فأجاب عن السؤال بقوله: إذا أجاز فعله دفع إليه مثل ما دفع ثمناً. ولم يفرق بين دفع الوكيل لعرض أو لمكيل أو موزون. وقد ذكر في الأسدية عن ابن القاسم أنه إذا أجاز فعله، وقد دفع عرضاً، فإنما يدفع إليه قيمة العرض. وقد ذكر في المدونة في كفيل صالَحَ عن دنانير بعرض، أن الذي عليه الدين إذا أجاز فعله فإنه يعطيه قيمة العرض.

وقد تردد بعض الأشياخ في هذا هل يتخرج من هذا الجواب كون الموكل

(1) هكذا في النسختين، وهو لا يتلاءم مع سابقه ولاحقه.

إنما تلزمه قيمة العرض الذي أداه الوكيل ثمناً أم لا؟ وهذا التردد لأجل أن الموكل أمره أن يشتري له ويسلفه عيناً فاشترى له وأسلفه عرضاً. فإذا أجاز فعله لزمه مثل العرض كما يلزم في السلف ردّ مثل العرض، وأجراها في السلف مجرى المكيل والموزون. وأما الكفيل فإنه إذا صالح بغير علم مَن عليه الدين فإنه يقدر كبائع للعرض الذي دفعه عوضاً عن الدين وكأنه اشترى الدين به وإذا كان بائعاً لم يلزم من عليه الدين إلا قيمة العرض. وقد يقدر أن العروض يقضى فيها في السلف بالمثل وفي التعدي والاستهلاك بالقيمة. ووقع هذا الاختلاف في وكيل تعدى فاشترى بها، هل يقضى له بمثلها أو بقيمتها إذا أجاز فعله من وكله؟ وهذا ينبني على الاختلاف في المترقبات، فإن قلنا: إن الموكل إذا أجاز ما خُيِّر فيه لَمّا علم بتعدي الوكيل فإنه يقدر أنه لم يُلزَم جائزاً ولم يقع العقد إلا على إجازة الموكل ورضاه، فإنه يقضى ها هنا للموكل بمثل عرضه لأنه تحقق فيه أنه دفعه، وعقد عليه بإذن الموكل له في عقده به سلفاً له. وإن قلنا: إنه إذا أجاز ما خُيِّر فيه، وما يترقب فيه أن يجيزه أو يردّه، فإنه إنما يقدر انبرام العقد وإجازته حين وقعت الإجازة منه، صار العرض المدفوع حين العقد. لم يدفع عن إذن الموكل ولا رضاه، بأن يكون سلفاً عِنْدَهُ، فيكون لدافعه قيمته لا مثله.

ولو كان تعدي الوكيل في الجنسية في بيعه نسيئة، كمن يدفع إليه ذهباً ليسلمه في ثوب/ فأسلمه في بساط. فإنه لا يخلو هذا من أن يكون الموكل علم بمخالفة الوكيل له، ودنانيره بعينها قائمة في يد المسلم إليه، أو ليست بقائمة ولا معلومة العين. فأما إن كانت قائمة بعينها، وثبت ذلك بالبينة، أو على إقرار الوكيل عند دفعها، بأنها للموكل، فإن من حق مالكها أن يسترجعها من يد المسلم إليه. وقد ذكر في المدونة أنه لا طلب للموكل على المسلم إليه. وهذا إنما يصح على أن الدنانير لم يثبت كونها هي عين ما دفعه الموكل، فإذا لم يثبت ذلك للموكل صارت في معْنَى ما فات عينه. فإذا فات عين الدنانير لم يكن للموكل رجوع بها على المسلم إليه، وإنما يرجع بذلك على الوكيل الذي تعدى فيها عليه.

إلى هذا التأويل أشار فضل بن سلمة وقدر أن الموكل إذا استحق عين الدنانير فلا وجه لصرفه عن عين ماله، وإذا كان لا يستحق إلا مثلها في ذمةٍ، فذمة المتعدي عليه أولى بالطلب من المسلم إليه.

ولو كان دفع الموكل إليه ثوباً ليسلمه له فيما ذكرناه فأسلمه في غير ذلك من الأجناس، لأخذه الموكل إن شاء، ولو غاب عليه المسلم إليه، لأن الغيبة عليه لا تمنع من العلم بعينه، بخلاف الدنانير وما لا يعرف بعينه. هذا حكم رجوع الموكل مع قيام رأس المال عيناً كان أو عرضاً، وما يعرف بعينه لتعلق الأغراض فلا يلزم إمضاء العقد مع ذهاب الغرض الذي وقع العقد لأجله.

وأما إن كان رأس المال مما لا يعرف بعينه كالدنانير وما في معناها فإنه إذا ارتجعها من يد المسلم إليه لم ينفسخ العقد وأُلزِم الوكيل المتعدي غرامتَها للمسلم إليه لأنه مطلوب بالثمن، وقد استُحق ما دفعه منه. وإذا استحق الثمن وهو عينٌ فإن العقد لا ينفسخ، ويلزم العاقدَ غرامةُ مثله، والعاقد ها هنا الدافع لهذه الدنانير المستحقة، وهو الوكيل. لكن لو عقد السلم على وجه لا يكون عليه فيه ـ تباعة بالثمن، فإنْ بَيَّن أنه وكيل أو رسول الموكِّل، ليباع منه المسلَم فيه، فإنه ها هنا لا يطالب بغرامة ما استحق من الثمن. وإذا لم/ يطالب بغرامة، انفسخ العقد في السلم، لكون المسلم إليه لا يجد من يطالبه برأس المال. هذا لو ضاع رأس المال وحكم فسخ[1] العقد. وأما لو أراد الموكل ألا يرتجع رأس المال بل يمضي العقد ويجيزه، فإنه إذن لم تَجبْ له غرامة على أحد، وإنما استحق أخذ رأس المال من يد المسلم إليه، عينا كان أو عرضاً، فإن له أن يجيز تعدي الوكيل، ويمضي العقد، ويصير قد ملك استرجاع عين رأس المال وفسْخَ العقد في حق نفسه، فلا يحرم عليه أن يستأنف عقداً برأس المال الذي ملك استرجاعه، دنانير كان أو عرضاً.

وأما إن وجبت له غرامة مثل رأس المال أو قيمته إن كان عرضاً، قيل:

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بفسخ.

يمكّن من إجازة هذا العقد وإبقائه على ملك نفسه. هذا فيه قولان: منعه في المدونة، وأجازه مالك في كتاب ابن حبيب ـ وسبب هذا الاختلاف أنه قد تقرر أنه لا يجوز بيع دين بدين، والغرر[1] أنه يجوز استئناف عقد سلم بمال يدفعه المسلم. فمن رأى أن الموكل كان بالخيار في إمضاء العقد أوردّه وأنه إذا اختار أحد الأمرين، وهو إمضاء العقد، فكأنه لم يقع العقد إلا على رضاه، وارتفع عن العقد حكم التعدي. وإذا قدرنا أن ما يُترقب من إجازة العقد إذا أوقعه، كأن العقد لم يزل ماضياً جائزاً، فإنه لا يتصور ها هنا بيع دين بدين، وإن قدرنا أنه وقع ما توقيناه[2] منه من الإجازة فإن العقد لم يثبت له حكم الإمضاء في أصله، وإنما ثبت له الآن، فإن هذا يمنع لأن هذا بالعقد الذي تعدى فيه الوكيل استحق أن يغرمه رأس المال فانتقل عن هذا الذي استحق من الدفع للموكل رأسُ المال إلى أن أخذ عوضاً عنه المسلَمَ فيه، فمنع من ذلك، لكونه ديناً بدين. وأيضاً فإنه قد ملك أن يردّ العقد، لأنه لم يقع عن إذنه، ومَلَكَ أن يجيزه لأن الوكيل مقر أنه إنما عقده لموكله لا لنفسه. فإذا قلنا: من ملك أن يملك إنه كالمالك، جاز ذلك، لأنه لم ينتقل عن الرضا بالسلم فيه عن مال تحقق له، وإن لم ينظر الموكل في ذلك إلا بعد أن حل أجل السلم، وقبض المسلم فيه، فإن له إجازة العقد من غير خلاف، لارتفاع ما صورناه في هذا القسم من أن يُتصور فيه بيع دين بدين. وقصارى ما يتصور فيه أنه باع ما يستحق أن يغرمه الوكيل من رأس المال بعرض يأخذه في الحال، وصارت المسألة على ثلاثة أقسام: إما إجازة الموكل، وقد استحق أخذ عين رأس المال، فإنه جائز: وإما إجازة ذلك وقد قبض السلم بعد حلوله، وهو عرض، فإنه جائز له ذلك أيضاً. وإما إجازته ذلك، ولم يستحق أخذ عين رأس المال، ولم يحضر المسلم فيه، فيأخذه، وقد وجبت له غرامة رأس المال على الوكيل أو على المسلم إليه، فإنّ في تمكينه من إجازة هذا العقد قولين، ووجههما ما بيّناه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وتقرر.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: توقعناه.

ولو كان الوكيل تعدى فأسلم في طعام، فإنه لا يمكَّن الموكل من إجازة العقد وأخذ الطعام وإن أخذه بالفور، لأنه بيع الطعام قبل قبضه، على أحد القولين المذكورين وهو تقدير كون الطعام على ملك الوكيل المتعدي/ فدفعه قبل كيله عوضاً عما وجب عليه من غرامة رأس المال الذي ثبت في ذمة الموكل. وقد ذكر فضل بن سلمة أن أصل ابن القاسم وأشهب في هذا أن الموكل له أن يغرم الوكيل رأس المال الذي تعدى عليه ولا طلب له بأكثر من ذلك، أو ترك طلبه بغرامة ذلك ويباع له العرض المسلم فيه، فإن وفّى بما وجب له من رأس المال أو زاد ثمن العرض على رأس المال، فإن ذلك للموكل، وإن قبض عين العرض المسلم فيه عما وجب للموكل من رأس المال غرم الوكيل ما قبض عن ذلك لكونه ضامناً لجملة رأس المال بتصرفه فيه. وإن شاء الموكل أغرم الوكيل رأس المال وانتظر حلول الأجل وقبَض المسلم فيه، فإذا قبض بيع، فإن كان فيه ربح أخذه، وإن كانت/ خسارة كانت على الوكيل لأجل تعدّيه. وذكر أن أشهب ذكر هذا في ديوانه وأشار إليه الدمياطي في كتبه عن ابن القاسم. وقال الأشياخ إنما يصح بيع هذا العرض الدين إذا ظُن أن فيه ربحاً يأخذه الموكل؛ وأما إن كان لا ربح فيه يأخذه الموكل أو فيه خسارة يفتقر الوكيل إلى غرامتها فلا معنى لبيعه إذا دفع الوكيل للموكل رأس ماله، وإلزام بيع العرض الدين بخسارة يغرمها الوكيل مع كونه وفّى الموكل حقه إضرارٌ لا فائدة فيه. وهذا الذي قالوه هو مقتضى الأصول.

ولكن عبارة أصحاب الروايات قد تشير إلى خلافه لأنهم قالوا: يباع، فإن كانت فيه خسارة غرمها الوكيل.

والعبارة السديدة على طريقة هؤلاء الأشياخ أن يقال: يباع إن ظُن أن فيه ربحاً. لا[1] أن يكون المراد بما وقع في الروايات أنه ظن أن فيه ربحاً فبيع لأجل ذلك فانكشف من حال بيعه أن فيه خسارة فلا تكون عبارتهم منافرة لما

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إلاّ.

تأوله الأشياخ عليهم. وقد وقع في كلام بعض الأشياخ ما يشير إلى أن العرض المتعدَّى في بيعه بغير ما أَذِن فيه الموكل هو الذي يباع للدين الذي يبيع به إن كان ربح. وأما لو كان المتعدَّى في بيعه طعاماً أو عيناً فإن ابن القاسم لا يرى بيع العرض الدين الذي هو ثمنه لأن غرامة مثله يصيِّره كأنه لم يفت، وكأن عينه باقية، فلا معنى لتضمين الوكيل غرامة والمتعدَّى فيه قائم أو في حكم القائم. وإنما تَرَكَ بيعَ العرض الذي كان فيه ربح أشهبُ، ولم يعتبر كون المتعدَّى فيه عرضاً أو عيناً.

وقد قدمنا نحن ذكر الخلاف في تضمين الوكيل مع قيام عين العرض المتعدى فيه، وذكرنا تأويل ما وقع من الخلاف في ذلك، ولا معنى لإعادته.

ومما ينخرط في هذا الأسلوب الذي ذكرناه من تفرقة ابن القاسم بين التعدي على العرض فيكون الحكم فيه غرامة الوكيل المتعدِّي (فيه الغرض)[1] الذي أتلف بتعديه. والتعدِّي على مكيل أو موزون فيباع بعرض مؤجل أنه لا يباع العرض المؤجل، على ما كنّا قدمنا حكايته عن ابن القاسم لكون المكيل والموزون، المتعدَّي في بيعه، إنما يوجب الحكمُ على المتعدي غرامةَ مثله، فكأنه لم تذهب عينه إذا غرم المتعدِّي مثلَه. فالمتعدي إنما يضمن مع إتلافه العين الذي تعدى فيها، والمكيل والموزون كأنه لم يتلفه إذا غرم مثله. ما ذكره ابن القاسم في المستخرجة فيمن دفع عرضاً لمن يبيعه له بمكيلة من القمح نقداً، فباعه بدنانير نقداً، أن الوكيل يُلزَم تضمينَ تلك المكيلة التي أمره أن يبيع بها ويشتري بالدنانير التي تعدى فباع بها قمحاً، فإن كان فيه وفاءً بما حدَّ له الموكل أو زيادة على تلك المكيلة المحدودة كان ذلك للموكل، وإن قصرت الدنانير عن أن تشترى بها مثلُ المكيلة التي حدّ له فإن الوكيل مطالب بأن يكمل المكيلة ويشتري من ماله ما يكمل به المقدار الذي حدّ له.

قال: وإن كان أَمَره أن يبيع هذا العرض بعرض سماه له، فباعه بدنانير،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في العَرْض.

فإنه لا يلزمه أن (يقوم له بمثل)[1] العرض الذي أمره أن يبيع به ولا بقيمته وإنما تلزمه قيمة العرض الذي دفع إليه ببيعه[2]. والفرق بينهما أن من استهلك مكيلاً أو موزوناً فإنما عليه مثله، ومن استهلك عرضاً فإنما عليه قيمته.

وبسط هذا الذي أشار إليه ابن القاسم من التفرقة، أن الموكِّل على بيع سلعة له بقمح محدود المبلغ، قد حرم الوكيل الموكل أن يأخذ هذا المبلغ في سلعته، ومنعه منه بإفاتة سلعته عليه، فضمِّن ما منع منه. ونحن إذا ضمناه ما منع منه، وصلنا المتعدَّى عليه إلى ما أراد من ثمن سلعته، فدفعنا الجنس الذي أمر أن تباع سلعته به. فإذا كان الموكل إنما أمر الوكيل أن يبيع سلعته بعرض فإن العرض لا يقضى بمثله، وإنما يقضى بقيمته على من أتلفه بعينه، فكيف بمن لم يتلفه وإنما منع من التوصل إليه/ وإذا كان الحكم أن يقضى عليه بالقيمة لأجل أنه منع الوكيل[3] من عرضه فإن القيمة التي تضمنه[4] على العرض المرسوم له البيع به ليست هي مرادَ الموكِلْ، ولا مطابقة لغرضه، وما رسَم في سلعته، فلا يحصل على مطابقة ما رسم في سلعته في البيع بعرض إذا أغرمنا الوكيل قيمة العرض الذي رسم الموكِّل، وإذا لم يقدر على مطابقة غرض الموكل، وكان لا بد من العدول عنه إلى أعدم[5] قيمة العرض، فالعرض الذي أتلفه عليه أولى أن يضمن قيمته من عرض لم يتلفه عليه وإنما يقدَّر أنه منعه منه.

هذا وجه التفرقة التي أشار إليها ابن القاسم، وقال: إن الموكل الذي أمر أن تباع سلعته بقمح محدود لا يباح له أن يأخذ من الوكيل غير القمح

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يغرم له مثل.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ليبيعه.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الموكِّل.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تضمن.
(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إغرام.

الذيأغرمناه إياه، لكونه حرمه له[1] ومنعه حقه. فالمعتبر عنده في هذا المعنى أن يكون الوكيل أمر ببيع عرض بمكيل أو موزون نقداً فخالف في ذلك.

وإنما يشترط كون المبيع المتعدَّى فيه عرضاً لما قدمناه من أنه لو كان مكيلاً أو موزوناً لكان تضمين الوكيل مثله يصيِّر عينه كأنها لم تذهب لكون مثله يسد مسده، والعرض لا يقضى بمثله ولا قيمة مثلٍ له فيسد مسده، فوجب لأجل هذا اعتبار كون المبيع الذي وكِّل الوكيلُ على بيعه عرضاً لا مكيلاً وموزوناً. وكذلك اعتبر أن يرسم له ببيعه بمكيل أو موزون محدود المبلغ دون أن يرسم له أن يبيعه بعرض لأجل ما قدمناه من تفرقة ابن القاسم التي بسطنا بيانها.

وبعض الأشياخ يتعقب هذا ويرى أنه ينبغي أن يُلزِمه قيمة العرض الذي -حدّ له أن يبيع به لأنه حرمه إياه ومنعه منه بإتلافٍ، فوجب أن يضمن قيمته. وقد ذكر في المدونة أنه إذا أمره أن يبيع سلعة بعشرين ديناراً إلى أجل، فباعها بأقل من ذلك نقداً، أن الوكيل يضمن قيمة تلك السلعة. وهذا لكون الثمن المرسوم ها هنا مكيلاً أو موزوناً مؤجلاً، ونحن قد أخبرنا أنه يعتبر في إغرام الوكيل إياه كونُه مأموراً أن يبيع به نقداً. ورأى هؤلاء المتعقبون أنه ينبغي أن تلزمه هذه الدنانير المؤجلة التي حد له البيع بها، لكونه أتلفها عليه، ومنعه منها بتعديه على سلعته، طرداً لما قاله في مخالفة الوكيل المأمور بأن يبيع السلعة بقمح نقداً فباعها بدنانير، لأن جميع هذه الأنواع يتصور فيها حرمان الموكل ما سمَّى ورسم أن تباع به سلعته، لكن ينبغي إن سلك في هذا طريقة أخرى فينظر في هذا الذي سماه الموكل، فإن كان مما لا يتأتى البيع به غالباً، ولا يمكن أن يحصل له في سلعته، فإن الوكيل لا يغرمه لأجل تسميته لأنه سمّى له ما لا يصح له، كمن أمره أن يبيع سلعة، قيمتها مائة، بألف، فإنه لا يحسن ها هنا أن يقال يضمن الوكيل له ألف دينار، لأجل أنه قد سمّى له البيع بها، فكذلك إذا أمره أن يبيع سلعته بعرض لا يباع به غالباً، ولا يتأتى البيع به في غالب الأمر، فإنه لا

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: منه.

يحسن أن يلزم الوكيل غرامة قيمة ما لا يتأتى البيع به غالباً، ولا يتحصل مقدار قيمة العرض الذي يباع به. ولعله لهذا فرق بين أن يأمره بأن يبيع سلعته بقمح أو بعرض، لكون العرض لا يتأتى البيع به غالباً، ولا يَنضبط أسْعارُ البيع به، وقد ينضبط بالقمح إذا كانت عادتهم التبايع به. وهكذا ما ذكر في المدونة من أمره أن يبيع سلعته بدنانير إلى أجل محدود لا يتأتى غالباً، لكن إن سمّى له ما يبيع به مما يتأتى غالباً، ويمكن أن يحصّله البائع لسلعته ثمناً لها، فإنه قد يجري هذا على القولين في تضمين المتعدي ما منع منه لا ما أتلفه. كمن أتلف سلعة وقفت على ثمن معلوم، فإن فيها قولين: أحدهما أنه يضمن قيمتها لإتلافه إياها. والثاني أنه يضمن الثمن الذي وقفت عليه. من ذلك تضمينه السلعة التي حال سوقها[1].

---

(1) في مخطوطة (و) تنبيه في نهاية الورقة (27 ظ) نصّه: هنا نقص في النسخ الأصول.
وفي مخطوطة (م) النقص واضح ولم ينبه عليه.

فصل
اخر في الرهن في السلم

اَعلم أن النكتة المعتبرة في هذا الفصل هي المعنى المعتبر في بيوع الآجال التي ينبني الحكم فيها عندنا على حماية الذرائع واعتبار ما خرج عن اليد وصار إليه على جهة المعاوضة هل يجوز به التعاوض أم لا؟ وهل تتطرق التهمة فيه إلى المتعاوضين بأنهما قصدا لإظهار فعل يجوز ليتوصلا به إلى ما لا يجوز أم لا؟ هذا هو المعتبر على الجملة، وبسطه على التفصيل:

أنا إذا فرضنا كون رجل أسلم إلى رجل آخر في شيء وأخذ المسلم من المسلم إليه رهناً بما[1] فإنك قد علمت أن ها هنا ثلاثة أنواع مالية: رأس مال السلم، والمسلم فيه، والرهن بالسلم، فيعتبر عندي دعوى المسلم قابض الرهن عوضاً عن رأس مال السلم. وهل يجوز أن يؤخذ عن غير المسلم فيه؟ فإن امتنعا جميعاً أو منع أحدهما منعت المقاصصة بالرهن والمشاركة على إسقاط السلم عوضاً عن الرهن المدعى تلفه. وإن جازا جميعاً عدت إلى النظر في قيمة الرهن هل يجوز المعاوضة به عن المسلم فيه أم لا؟ وهل يعتبر جواز المعاوضة بقيمة الرهن من رأس المال أم لا؟ المذهب على قولين: ظاهر المدونة أن ذلك لا يعتبر. وذهب ابن ميسر إلى أنه يعتبر، كما اعتبر ذلك في المعاوضة عن المسلم فيه، وتطرق التهمة ها هنا قد يقوى فيقوى المنع وقد يَضعف فيضعف المنع. وإنما تتطرق التهمة إذا كان ما أظهراه من المقاصصة قد تكون طريقاً إلى التحيل على فعل ما لا يجوز إلا[2] بإظهار هذا الجائز. وبيان هذا كله بالمال أنا إذا فرضنا كون رجل أسلم دنانير وحيواناً أو عروضاً، وأخذ من المسلم إليه دراهم

---

(1) نقص، ولعله: بما هو دين في ذمته.

(2) هكذا في النسخيتن ولعل الصواب حذف إلا.

بالسلم الذي له عليه، ثم أتى بعد ذلك فادعى ضياع الدراهم، وأراد أن يتشاركا ولا يغرم المسلم إليه بما عليه من حيوان أو عرض، فإن المذهب المنع من ذلك. وأنت إذا عرضته على الأصل الذي قررناه لك علمت وجه المنع لأن رأس المال الذي هو دنانير لا يجوز أن يؤخذ عنه دراهم مؤخرة لكون الصرف المستأخر لا يجوز. فقد تقرر من هذا أنهما أبطنا العقد على بيع دنانير بدراهم إلى أجل ولم يظهرا ذلك لئلا يفسخ عليهما ويُعاقبان عليه، فتشهرا بأن سميا هذا الذي أظهراه سلماً ورهناً. وهذا اعتباراً لمعاوضة عن أحد الطرفين وهي رأس المال. ولكن هذه التهمة إنما تتصور إذا أخذت الدراهم رهناً بعد انقضاء مجلس السلم، لأن مجلس السلم إذا انقضى وأقر بأن الدنانير المدفوعة إنما هذا على أن عوضها دراهم لا ما أظهراه من السلم فيه مُنِعا من ذلك وعوقبا عليه إذا أَتياه عن علم بتحريمه، فلو صورت المسألة على أن الدراهم أُحضِرت حين عقد السلم، وحين دفع الدنانير، وقبضت في الحال رهناً، فإن التهمة ها هنا مرتفعة، ولا حاجة بهما إلى التحيل بهذا على ما لا يجوز لأنهما لو شاءا لجعلا التقابض للدنانير والدراهم صرفاً. فإذا كان ذلك جائزاً لهما، أظهراه أو أبطناه، فلا حاجة بهما إلى فعل آخر يكون ظاهره خلاف باطنه. ويجري على هذا الأسلوب لو كان الرهن دنانير ورأس المال دنانير، هل بهما حاجة إلى هذا التحيل لكون المعاوض يتضمن تفاضلاً بين ذهبين أو نوعاً من أنواع الربا فيمنع من المقاصّصة، كان ارتهان الدنانير في مجلس السلم أو بعده، أو لا يقعان في محرم إذا أظهرا ما أبطنا أم لا؟ وهذا يعرف من مسائل كتاب الصرف وأحكام المراطلة.

وأما اعتبار الطرف الآخر وهو المعاوضة عن المسلم فيه، فإنا لو فرضنا أن الرهن ثوب كتان والمسلم فيه ثوب كتان من جنس الرهن، فإنه إن أراد المقاصصة والمشاركة عند دعوى ضياع الرهن، وكان ذلك قبل حلول أجل السلم فإنه يجوز إذا كان الثوب المرتهن مثل الثوب المسلم فيه. وأما إن كان أجودَ منه أو أدنى فإن ذلك يمنع لأن من عليه ثوب كتان إلى أجل يمنع من تعجيل ما هو أدنى منه قبل حلول الأجل لأنه حط من صفة ما عليه عوض ما

عجل ويمنع من تعجيل ما هو أجود لأنه حط عنه الضمان لأجل ما زاد من الجودة/ وإذا كان هذا ممنوعاً منه في السلم الذي لم يؤخذ به رهن منع في هذا السلم الذي أخذ فيه هذا الرهن لئلا يكونا إنما أظهرا تسمية الثوب المأخوذ رهناً على أن يدعيا ضياعه ويتقابضاه. ولو كان الثوب المرتهن مثل الثوب المسلم فيه، ليس بأجود ولا بأدنى، فإن المقاصة ها هنا جائزة كما يجوز تعجيل مثل ما عليه من الثياب قبل الأجل من غير أن يكون أدنى ولا أجود. لكن لو حل الأجل ها هنا لم يمنعا من المقاصة لارتفاع ما صورناه من التحيل على الوقوع في: ضع وتعجل، أو حط الضمان وأزيدك. لأن الأجل إذا حل وجب التعجيل فلا يفتقر الطالب إلى أن يسقط من حقه شيئاً ليعجل له حقه، وقَدَر المسلم على البراءة مما عليه فلا يفتقر إلى أن يزيد شيئاً فيحط عنه الضمان. ورأى بعض أشياخي إنما يتضح فيه ارتفاع التهمة مع حلول الأجل إذا كان ارتهان الثوب مقارناً للعقد، وأما إن كان بعد تراخي العقد فإنه قد تتطرق إليه التهمة بأن يدفعه، وهو أدنى أو هو أعلى مما عليه، عوضاً عن الثوب المسلم فيه إليه، وأخرا ذكر المقاصة إلى حلول الأجل، لأنهما لو حاولاها قبل حلول الأجل لمنعا من ذلك ما قدمناه[1].

وهذا الذي قاله مما ينظر فيه هل تقوى فيه التهمنة أم لا؟ هذا اعتبار المعاوضة بعين الرهن عن رأس المال وعن المسلم فيه قد ذكرنا مُثُلَه.

وأما اعتبار المعاوضة بما لزم عن غرامة في الرهن، وأنا إذا فرضنا أن رجلاً باع ثوباً بدنانير إلى أجل وأخذ ثوباً رهناً بالدنانير ثم ادعى بعد ذلك ضياعه، وهو مما يقوم بالدنانير، فإنما يمنع ها هنا من المقاصة والمشاركة، لأن الواجب لصاحب الرهن على قابضه دراهم وهي قيمة الرهن فتركها له، وقد وجب له أخذها عاجلاً، بشرط أن يضع رهناً بدلها، وإن لم يجد رهناً طبع عليها ووقعت رهناً فإذا تتاركا صار ذلك صرفاً مستأخراً لأنه ترك دنانير له مؤجلة بدراهم وجب عليه أداؤها معجلة. هذا على المذهب المشهور في منع مصارفة العين المؤجل في

(1) هكذا، ولعل الصواب: على ما قدمناه.

الذمم. وأما اعتبار أخذ قيمة الرهن على رأس المال على أحد القولين المقدم ذكرهما، فإنا لَوْ فرضنا أن هذا الثوب يقوّم بالدراهم لا بالدنانير، وقيمته أكثر من مقدار رأس السلم، فإن ذلك لا يجوز على مذهب ابن ميسر، كما لا يجوز لمن أسلم دنانير في سلعة أن يقيل منها على دنانير هي أكثر من رأس المال، لأجل كونهما يتهمان على سلف بزيادة، بأن يدفع دنانير ويأخذ بعد حين أكثر منها. وهذا القول غير مرضيّ عند بعض أشياخنا. وقد أشار ابن المواز إلى ما يقتضي ضعف هذا الاعتبار وإن كان أوردهُ في غير هذا السؤال، وذكر أنه لا يخلو أن يكون من بيده الرهن قد علم الله سبحانه صدقه في الضياع فلا تجب عليه غرامة حتى يعتبر ما يحل ويحرم في هذه الغرامة، وإن كان كذب فعين الرهن باقية نفسها، ينظر هل تجوز المعاوضة بها أم لا؟ ومعنى النظر في قيمتها[1]. وأما اعتبار قيمتها في المعاوضة عن المسلم فيه، على حسب ما حكيناه عن المذهب، فإنما ذلك لأجل أن المسلم فيه دين مستقر في الذمة سبق استقراره المعاوضةَ والمشاركة، فتجري المشاركة فيه مجرى المبايعة، ومن باع ديناً له في ذمة آخر نظر في العوض الذي يأخذ عنه هل يجوز أن يؤخذ عنه عوض أم لا؟ والذي بيده الرهن مقر على نفسه أن المعاوضة إنما كانت منه على القيمة الواجبة عليه.

وإن كان السلم في طعام وأخذ به ثوباً رهناً، فادعى المرتهن ضياعه، لم تجز المعاوضة لإمكان أن يكون الرهن باقياً لم يذهب فيكون أخذه عوضاً عن الطعام الذي في الذمة بيعاً. وإن كان قد ذهب. ووجبت فيه القيمة وهي خلاف رأس المال فلا يجوز أيضاً لكون ذلك بيعاً للطعام قبل قبضه.. إن كانت مثل رأس المال لمنعا من ذلك، لجواز أن يكون كذب المرتهن في دعوى ضياعه، فيكون إقالة منهما على غير رأس المال. وهذا إذا كان الطعام من بيع. ولو كان من قرض لم يعتبر فيه هنا المعنى المعتبر في العروض، لكون بيع الطعام القرضِ جائزاً قبل قبضه.

---

(1) هكذا.

ولو كان الرهن المأخوذ بطعام السلم دنانير مثل رأس المال، فإن ارتهانها إن وقع بعد العقد ثم ادعى من هي بيده الضياعَ فإن المعاوضة لا يعتبر فيها ها هنا بيع الطعام قبل قبضه، لكون الإقالة في ذلك على مثل رأس المال سرًّا غير ممنوعة. لكن لو كانت الدنانير المأخوذة رهناً قد اشترط أخذها، مطبوعاً عليها، رهناً في أصل العقد، فإن هذا مما تنازع فيه الأشياخ، فمنعه منهم قوم، وتأول/ التهمة يتطرق ها هنا إلى أصل صحة العقد لا إلى نفس المشاركة، لأجل أن اشتراط تأخر رأس المال السلم لا يجوز، على حسب ما قدمناه في موضعه. وإذا دفع إليه مائة دينار في عروض، أسلم إليه فيها، وأخذها منه مطبوعاً عليها، فكأنه لم ينقد رأس المال.

وأشار الشيخ أبو القاسم بن الكاتب إلى جواز ذلك. وقد يحتج بقوله في المدونة: إذا أسلم في طعام وأخذ منه طعاماً رهناً مطبوعاً عليه فإن ذلك جائز كما يجوز ارتهان الدنانير المطبوع عليها.

وقد أجبت عن هذا بأن قوله في المدونة: وأخذ طعاماً رهناً؛ يمكن أن يريد به أنه ليس ما وقع فيه السلم، حتى لا يكون أسلم في شيء وأخذه معيناً مطبوعاً عليه على أن لا يملكه إلا إلى أجل، وإنما شبهه بالدنانير المطبوع تشبيهاً على الجملة لكون الدنانير لا تعرف بعينها كما لا يعرف الطعام بعينه، وإنما لم يتهمهما أيضاً في ارتهان الطعام المطبوع عليه بخلاف اشتراط ارتهان مثل رأس المال في دنانير مطبوع عليها لأجل أن هذا الطعام المرتهَن مضمون بالغيبة عليه ضمان الرهان، وبيع المعين بشرط القبض إلى أجل إنما يمنع لأجل أن الضمان من المشتري بحكم الشرع، فإذا شرطه على البائع فقد زاد في الثمن لأجل هذا الشرط فصار بيعاً للضمان، وبيع الضمان لا يجوز. وأما اشتراط ارتهان دنانير مثل رأس المال فإن ذلك يصير العقد في صورة سلم شرط فيه تأخير رأس المال. ولما ذكرنا ما تعلق به بعض الأشياخ من لفظ المدونة ها هنا، وكنا قدمنا في هذا الفصل أن ظاهر المدونة كون قيمة الرهن لا يعتبر مع رأس المال، فاعلم

أن اللفظ الذي يشير أيضاً إلى هذا المعنى الآخر هو قوله في الكتاب: إذا أسلم في عروض أو حيوان وأخذ رهناً فادعى ضياعه وأراد المقاصة فإن ذلك يجوز إذا لم يكن رأس المال ذهباً أو ورقاً. فأطلق الجواز من غير اعتبار لقيمة الرهن وقد قدمنا إشارات ابن المواز إلى تصحيح هذا المذهب.

فصل
في صلح الكفيل:

اعلم أنه ينبغي أن يقدم ها هنا الكلام على ما يجوز شراؤه من الديون الثابتة في الذمة وما لا يجوز. والدين يكون على رجل حي أو على رجل مات.

فأمّا الدين الذي على رجل حي فإنه لا يخلو أن يريد شراءَهُ رجل لا مطالبة عليه بهذا الدين ليكفله به وضمانه عليه. فأما أن[1] الشراء رجل لا مطالبة عليه. بهذا الدين على حال، أو رجل قد يطالب بهذا الدين على حال، فإنه يعتبرها هنا وجهان أحدهما كون الثمن الذي يشتري به هذا الدين مما يجوز أن يُسلَم في الدين المشترَى أو لا يجوز أن يسلم فيه. والوجه الثاني كون هذا العقد لا غرر فيه ولا خطر..

فأمّا الوجه الأول، وهو اعتبار جواز سلم الثمن ها هنا في المثمون، فمثاله أن يسلم رجل إلى رجل في ثياب معدودة موصوفة إلى أجل معلوم فإنه إذا أراد أن يبيعها بعرض نظرت في هذا العرض فإن كان مخالفاً لجنس الثياب التي أسلم فيها كبيعه الثياب بأكسية أو بحيوان فإن هذا لا يمنع؛ وإن كانت الثياب التي يأخذها ثمناً عن الثياب المسلم فيها أقل[2] أو أدنى في الجودة فإن هذا ممنوع، إذ لا يجوز سلم قليل في كثير من جنسه أو أدنى في جيّد من جنسه لأن ذلك يكون سلفاً جر منفعة. وكذلك لو أراد أن يشتريها بثياب هي أكثر عدداً أو أعلى في الجودة فإن ذلك يمنع، لأنه ضمن له الثياب التي أجّلها لِمَا ازداد من عدد أو جودة وهذا لا يجوز في بيع ما في الذمم وما يتأخر قبضه، وإنما

---

(1) فراغ: بمقدار كلمة في النسختين.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أقلّ عدداً.

يجوز فيما كان يقبض على الفور كالمعينات.

وكذلك لو باع رجل من رجل ثوباً بدنانير إلى أجل معلوم ثم أراد رجل آخر شراء هذه الدنانير منه بدراهم، فإن ذلك لا يجوز، لكونه صرفا فيه تأخير، وبيع دنانير بدراهم ليست يداً بيد. ونحن وإن اعتبرنا في هذه القاعدة كون الثمن ها هنا يجوز سلمه في المثمون فإنما يعتبر ذلك من ناحية الجنسية لا من ناحية الأجل، فإن الأجل معتبر في صحة السلم، على ما تقدم بيانه في كتاب السلم الأول، وها هنا لا يعتبر الأجل ولو وقع الشراء لقرب حلول أجل السلم/ أو عند حلوله لم يمنع ذلك، لأنه مشترًى قد حصل في الذمة، وحصوله في الذمة دين لم يقع عليه بهذا العقد الثاني، وإنما وقع بالعقد الأول، والعقد الأول هو الذي يراعى فيه حصول الارتفاق بضرب الآجال كما تقدم بيانه في موضعه وأمّا إذا حصل السلم ديناً في الذمة جرى بيعه مجرى المعيَّنات التي لا يشترط في صحة عقدها ضرب الأجل. فهذا مثال الوجه الأول، وهو اعتبار جواز السلم في المثمون ها هنا.

وأما الوجه الثاني وهو اعتبار ارتفاع الغرر، فإن الغرر يتصور ها هنا في كون هذا الجميع متردداً بين الحصول والانتفاء، فيقتضي هذا اعتبار معرفة ذمة الغريم المبيع ما عليه من دين هل هو مليء الذمة أو فقير، لأنه إن كان مليئاً بدين فإنه يفي بما عليه تصورت الرغبة في شراء ما عليه، وإن كان فقيراً لا يرجى أخذ ما عليه لم يُقدم أحد على شراء ما عليه فاحتيج هذا إلى الاطلاع على مقدار ما في يديه على الجملة، حتى يقع العقد على صفة لا تخاطر فيها ولا غرر، وهذا يقتضي إمكان المعرفة بملائه من فقره، وهذا يمكن مع حضوره. وأما إن كان غائباً بمكان بعيد فإن المعرفة بذلك لا تمكن للجهل بحال الغائب. ولو أتى من أخبر عنه بأنه غادره مليئاً لأمكن أن يكون يتلف ما بيده أو يكثر عليه الديون حتى لا يحصّل المشترى (ما عليه شيء)[1] أو يحصل له ما لا يعرف مبلغه إذا

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: ممّا عليه شيئاً.

وقع الحصاص. وأما إن كان قريب الغيبة، ولا بينة عليه، فإنه يمنع أيضاً لأجل ألا يحوز جحوده[1] للدين فلا يحصل للمشترى المثمون الذي بذل فيه الثمن. وإن كان عليه بينة فإن ابن المواز اختار ها هنا الشراء، وقدر أن الخطر ها هنا والغرر يبعد. وتعقب هذا بعض أشياخنا من جهة إمكان دعواه قضاء الدين الذي ثبت عليه، أو تجريحه للشهود فيصير المشتري غير موثوق بحصوله إذا جرح الشهود. أو أقام بينة بالقضاء وحلف عليه إذا ردت اليمين عليه. لكنه سلم ارتفاع التعقيب إذا ثبت أنه حين غاب كان مقراً بالدين. وهذا عندي أيضاً قد يتوجه فيه القدح الذي أشار إليه لجواز أن يجرح البينة الشاهدة بإقراره حين غيبته.

وأما إن كان الذي عليه الدين قد مات، فإنه ذكر ابن المواز أنه لا يجوز شراء ما عليه، ولو مات مليّاً، لأجل أنه قد يطرأ عليه غريم أو غرماء يستحقون ما ترك فيضمن[2] هذا العقد غرراً لأجل هذا الإمكان الذي قررناه. وأشار بعض أشياخنا إلى أنه إذا كان قد مات مليّاً وهو غير معروف بمداينة الناس فإن الشراء لا يمنع. وأشار إلى التعلق بما وقع في المدونة في كتاب المديان من قسمة ماله بين غرمائه إذا لم يعرف بمداينة الناس.

وهذا الذي أشار إلى التعلق به من مسألة المدونة قد يقدح فيه: فإن الغرماء قد استحقوا ماله بالمعاملة التي تقدمت بينهم وبينه في حياته وقد حل حقه[3] فلا وجه لإضرارهم بتأخير حقهم الذي قد حل، ويطالبهم بما وجب لهم، فدعت الضرورة من اعتبار إزاحة الضرر عنهم إلى قسمة ماله بين من استحقه، ولا ضرورة تلجىء هذا إلى شرءا دين على ميت، فاعتبر في أمر هذا الإمكانُ والتجوّزُ[4] لتطرق غرماء إذ ليس في اعتبار إلحاق ضرر بآخر.

---

(1) هكذا؟ والكلام غير واضح.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فيتضمّن.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حَقُّهم.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: والتجوير.

هذا حكم شراء الديون إذا اشتراها من لا مطالبة عليه بها.

وأما إذا اشتراها من قد يطالب بها لِحَق كفالته وضمانه لها فإنه ذكر في المدونة، فيمن أسلم دنانير في ثياب إلى أجل وأخذ بها كفيلاً[1] وللكفيل شراؤها بما يحل له أن يشتري به إذا كان الذي عليه الدّين حاضراً مقراً. فأمّا اشتراط حضوره فإنه ثابت عند رواة المدونة.

وأما اشتراط إقراره فإن الرواة اختلفوا فيه: فأثبته العسال، وأسقطه غيره من الرواة. وذكر بعد هذا في المدونة في هذا الباب فيمن له على رجل دراهم أخذ بها كفيلاً، أنه يجوز للكفيل أن يشتريها لنفسه بقرض، ولم يشترط في هذه المسألة شرطاً كما اشترطه، في المسألة الأولى التي ذكرناها.

وكما اختلفت الرواة في لفظ الإقرار في المسألة الأولى المذكورة اختلف اختيار المتأخرين فيما صنعه الرواة من إسقاط لهذه اللفظة أو إثباتٍ، فكان أبو محمد اللؤلؤي وغيره يرى أنه لا حاجة إلى إثبات لفظة الإقرار لكون الكفيل ها هنا مطلوباً بهذا (أبدا لدين الذي يكون)[2] الكفيل: إنّ من تكفلتُ عنه ظالم في جحوده كاذب في إنكاره. وإذا كان هذا الدين لا يسقط ملك بائعه عنه على حال، لم يعتبر ها هنا إقرار من هو عليه، بخلاف ما لو اشتراه من ليس بكفيل به لأن جحود من هو عليه لا يوجب مطالبة على مشتريه، فيصير المبيع ها هنا لا يوثق بحصوله ولا بكونه ملكاً للبائع، فلم يجز العقد إلا مع الإقرار بخلاف الكفيل: وهذا إذا وقعت الكفالة على وجه/ يوجب مطالبة الكفيل بالدين وإن جحده من هو عليه. وأما لو كانت كفالته به بعد معاقدة طالب الدين والمطلوب به والكفيلُ لا علم عنده بكون الطالب مستحقاً للطلب، فإن الكفيل ها هنا كغيره يشترط في صحة شرائه الإقرارُ لأن من حقه مطالبة من له الدين الذي تكفل به بإثبات دينه على من زعم أنه يستحقه عليه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فللكفيل.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الدين الذي يقول.

وهذا الذي أشار إليه هؤلاء من الفرق طريق صحيح في التفرقة بين حصول الغرر في شراء من لم يتكفل بالدين وشراء من تكفل به لكن المسألة عندي على طريقة هؤلاء يلاحظ مسألة أخرى، قدمنا ذكرها في كتاب السلم الأول، وهي إذا عقد السلم بوكالة على أن الموكِّل إن جحد لزم الوكيل المطالبة بالسلم، وقد قدمنا هناك أن كون هذا المبيع متردداً بين ذمتين يقتضي فيه غرراً فيمنعه سحنون، ويجيزه ابن القاسم، لأنه يرى هذا التردد بين الذمتين غرراً، كما قدمنا بيان القول فيه. وكذلك ها هنا تعليل هؤلاء يقتضي كون بائع الدين باع ما لا يدري هل يستحقه ويقبضه من ذمة المديان أو من ذمة الكفيل فإن كان يقول: إني أستحقه في الذمتين جميعاً لكن أحدهما ظالم، فإنه لا يقضى له على هذا[1] جحد بأن يسلم إليه ما ادعى به عليه.

وبعض من سلك هذه الطريقة يشير إلى أن الأصل ما ذكره في المدونة في المسألة الثانية إذا اشترى الكفيل ما تكفل به من دراهم بعرض لنفسه فإن ما اشترطه في المسألة الأولى من الإقرار يستغنَى عنه. ومنهم من سلك خلاف هذه الطريقة، ورأى أن الكفيل يفتقر فيه إلى شرط كما يفتقر في ذلك إذا اشترى هذا الدين من لم يتكفل به، ويعتل بأنه لا يقصر الغرر على الجحود خاصة بل كل إمكان تحصل الثقة بحصول المبيع يوجب المنع إذا وقع التحرير بين الحصول والانتفاء على وجه واحد. وها هنا يمكن أن يكون الغريم الذي عليه السلم يدعي القضاء ويقيم عليه بينة، فيسقط الطلب بالدين عنه وعن الكفيل، وينصرف الحال في اليمين فلا يبدل الكفيل من الثمن وهو يقدر أن المشتري لا يحصل له ما يبدله وهو يعلم أن المشتري حاصل له واختلاف الثمن ها هنا يتضمن غرراً في العقد فوجب المنع إذا لم يقع إقرار. وهؤلاء يشيرون إلى أن الأصل ثبوت الإقرار وإنما حذف الثانية اختصاراً واكتفاءًا بما تقدم. ومنهم من يريد إبقاء كل مسألة من هاتين على ما هما عليه ويرى أن المسألة الأولى الدينُ المشترَى فيها

---

(1) هكذا في النسختين.

عروض، والعروض قد يتنازع فيها في صفتها ويكثر الخصام فيها، فلهذا اشترط الإقرار فيها. والمسألة الثانية إنما لم يشترط الإقرار فيها لكون المتكفل به دراهم، والدراهم لا يتنازع في صفتها فيعدل عن الغرر.

وهذه الطريقة ليست سديدة ولا واضحة، وقد تُحصر العروض حصراً لا يقع فيها تنازع ولا خصام، وتشهد البينة بذلك، فلا يكون بينها وبين الدراهم فرق، وإنما للنظر مجال في اعتبار الغريم القضاء فيبطل الدين المبيع إذا حكم بصحة القضاء ويصير كتجويز الجحود، أوْ لا يعتبر هذا لكون دعوى القضاء في دعوى[1] النادر، وما يندر لا يوجب في العقد غرراً. .

ومن الأشياخ من سلك طريقة أخرى وتوسط فيها بين هاتين الطريقتين، فرأى أن الأجل إذا كان لم يحل احتيج في شراء الكفيل إلى إقرار الغريم، لكون الكفيل لم يتوجه عليه طلب، وإذا حل الأجل لم يفتقر في شراء الكفيل إلى إقرار الغريم، لكون الطلب متوجهاً عليه. وبعضهم يتردد في هذا التفصيل ويقول: قد لا يطلب الحميل وإن حل الأجل، وإذا أمكن أن لا يطلب إذا حل الأجل صار ذلك كشرائه قبل حلول الأجل. وبعضهم يشير إلى أنّا إن قلنا بأحد قولي مالك من كون مستحق الدين مخيّراً بين طلب الغريم أو الكفيل اتضح كون الكفيل كغريم اشترى ما عليه. وإن قلنا: إنه لا يطالب إلا بعد تقرُّر أخذ الدين ممن هو عليه، أمكن ها هنا أن يعتبر الإقرار ليطلع على ملائه من فقره لما ذكرناه من التجويز المتطرق إلى غريب غائب، وأيضاً فإن الطلب يتوجه على الكفيل في عينه. وأما مع حضوره وملائه ففيه الخلاف الذي ذكرناه. وقد قال ابن المواز أنه لا يفتقر[2] شراء الكفيل من شراء غيره إلا في وجه واحد وهو أن الكفيل لا يجوز له أن يشتري الدين الذي تكفل به إلا بما يجوز لمن هو عليه أن يشتريه. فإذا أسلم رجل دنانير في ثياب فإن الغريم الذي عليه الثياب لا يجوز أن يقضي

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: حكم.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يفترق.

عنها دراهم أو ذهباً أكثر مما قبض لئلا يكون قد قبض دنانير ورد أكثر منها فيكون سلفاً بفائدة، أو قبض دنانير وردّ دراهم فيكون صرفاً مؤخراً، فكذلك الكفيل/ يمنع من الشراء بهذا لأنه كغريم ثانٍ.

هذا الذي أشار إليه ابن المواز. وظاهره يقتضي أنه يفتقر في إجازة شرائه إلى إقرار الغريم كما يفتقر إلى ذلك في شراء هذا الدين من لم يتكفل به، لقوله: إنهما لا يفترقان إلا في وجه واحد. وذكر ما حكيناه أنه أشار إليه.

وقد قال بعض الأشياخ: إن هذا الذي ذكره من منع الكفيل أن يشتري بما لا يجوز أن يُقِيل أحدهما من جميع ما عليه، وقدر أنه وإن أقاله من جميع ما عليه فإن ما سوى ذلك مما يحلّ كأنه عليه وهو غريم مطلوب به، فمتى أقاله من كل ما عليه فكأنه أقاله من بعض ما عليه، والإقالة من بعض ما عليه لا تجوز.

وهذا يشير إلى ما قال ابن المواز من أن ما يطلب به الكفيل بحق الحمالة هو كما يطلب به بحق المعاملة التي عامل لنفسه.

وبعض الأشياخ يشير إلى أن هذا إنما يحسن إذا كانت الكفالة وقعت مقارنة للعقد، فيحسن حينئذ كون الكفيل يقدّر غريماً، وأما لو كانت الكفالة بعد العقد فإنه لا يعتبر ها هنا ما يشتري به الكفيل من دراهم أو ذهب أكثر من رأس المال، لكون العقد عليها وقع قبل كفالة الكفيل.

وبعض الأشياخ يشير إلى أنه لا يجب بمقتضى القياس اعتبار هذا في حق الكفيل لأن الغريم هو قابض الدنانير فيُتَّهَم على أنه رد أكثر منها وجعل ا لزيادة عوضاً لانتفاعه، والكفيل ها هنا لم يقبض ذهباً ولا انتفع بشيء يقدر إنما زاد منه على رأس المال عوض الانتفاع.

وهذا الذي قاله له وجه على مقتضى تعليل أهل المذهب في منع الغريم أن يقضي ها هنا عمَّا عليه من ثياب ذهباً أكثر من رأس المال الذي أخذه.

هذا حكم شراء الوكيل ما يكفل به لنفسه. وأما لو اشتراه لغريمه فإنه لا

يلزم الغريم شراء الوكيل له بغير إذنه لكونه، عقد على جائز الأمر ما لم يوكله عليه. ولكن من عقد بيعاً على جائز الأمر كان الخيار في إمضاء العقد أو رده للمعقود عليه، ما لم يمنع مانع من إمضاء العقد لفساد العقد فيبقى النظر ها هنا في صحة عقد الكفيل، على أن الخيار للغريم في إمضاء العقد أو ردّه. فاعلم أنه لا يخلو أن يكون صالح الكفيل عن الغريم بجنس آخر خلاف ما على الغريم، هذا الذي صالح به إنما وقع عن دين ليس بعين دنانير أو دراهم، أو وقع الصلح عن دنانير أو دراهم ثبتت في ذمة، فصالح الكفيل عنها بما يقضى فيها بالمثل أو بما يقضى فيه بالقمية. فأما إذا وقع الصلح عن دين في ذمة الغريم ليس بعين، فإن كل ما صالح به الكفيل من الأجناس المخالفة لما على الغريم فيه اختلاف: هل يمكن الغريم من الرضا بما عقده الوكيل عليه لكون ما عقده عليه جائزاً؟ أو لا يمكن من ذلك لكون ما عقده الكفيل وقع فاسداً؟ فمنع من هذا العقد في كتاب السلم من المدونة وأجازه في كتاب الحمالة. وسبب هذا الاختلاف أنك قد علمت أن الشرع ورد بمنع العقود الواقعة على غرر وخطر، وسامح فيما طريقه المعروف والرفق والإحسان ما لم يسامح به فيما طريقه المكايسة والمتاجرة، كمنعه بيع المجهول وما لا يحاط به، وإجازته ما أعراه من تمر نخلة وإن اشتراه بخرص، على ما يرد بيانه في كتاب العرايا؛ وما ذاك إلا لكون شراء العرايا المقصود به الرفق والإحسان، فخالف ما قصد به من العقود المكايسة والمغابنة.

وها هنا إذا تكفل الغريم بثياب في ذمة رجل ثم اشتراها من يستحقها بثياب مخالِفة أو بطعام أو حيوان أو دنانير ودراهم فإنك قد علمت أن هذه المعاوضة لا تلزم الغريم، وإذا كانت لا تلزمه، وله الخيار في إمضائها عليه وردها، (فقد صار الكفيل عوضاً)[1] لا يدري ما يأخذ عنه، إما الثياب التي على الغريم إن لم يرض بعقده عليه، أو مثل ما دفعه للكفيل إن كان له مثلٌ، فيكون

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب فقد صار للكفيل عوض.

الكفيل كأنه أسلف شيئاً ورجع إليه مثله؛ وإذا كان العقد متردداً بين أن يقع بيعاً أو سلفاً كان ذلك فاسداً، لأنه في معنى سلف جر منفعة، إذ لا يسمح بكون هذا سلفاً إلا لرجائه أن يكون بيعاً فيربح فيه، وإذا تردد عقده بين هذين الأمرين وجب منعه وإفساده. لكنا كنا قدمنا أن الشرع عَفَا عن (بعض الغَريم)[1] إذا قصد به الرفق والإحسان، على حسب ما قدمناه، والقصد هنا من الكفيل في غالب الأمر الإحسان للغريم، ومثل هذا القصد يخرج العقد عن كونه عقد مكايسة ومخاطرة، فحسن إمضاؤه. فهذا سبب اختلاف القول فيه. وأيضاً فإن العقد إذا التفت فيه إلى هذا الوجه كان صحيحاً ما بين المتعاقدين، وهما طالب الدين الذي باعه والوكيل الذي اشتراه، ولا مرجع لطالب الدين في دينه، ولا خيار له في العقد، لكن إنما يتصور/ القدح الذي فرضنا في هذا البيع من ناحية رجل ثالث غير هذين المتعاقدين، وهو الغريم الذي عليه الدين. فإنا ذكرنا أن له الخيار في إمضاء عقد الوكيل أو رده، فاختص هذا الغرر والفساد بفعل الكفيل فيما بينه وبين الغريم، لا فيما بينه وبين مستحق الدين الذي باعه منه. فصار هذا كفساد طرأ على أحد المتبايعين لا مدخل لآخر[2] فيه. وعندنا اختلاف[3] وعلم أحد المتبايعين بالفساد، فهذا أيضاً الوجه مما ينظر فيه.

وأما إن صالح الكفيل عن دنانير ودراهم بشيء يقضى فيه بالمثل فإن فيه الاختلاف، الذي ذكرناه، إذا كان ما صالح به جنساً غير العين. وما عللنا به الاختلاف المذكور متوجه ها هنا.

وإن صالح بعرض فرجع إلى القيمة فإن المعروف عند الأشياخ من المذهب لم يختلف في جواز هذا؛ لكن الشيخ أبا القاسم بن الكاتب اعترض هذا، وأشار إلى أنه ينبغي أن يجري على الاختلاف الذي قدمناه لكون الكفيل

---

(1) هكذا في النسختين.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: للآخر.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في.

ها هنا بذل في هذا الصلح ثوباً لا يدري هل يمضي الغريم ما عقده عليه فيعطيه قيمة الثوب أو لا يرضى بما عقده عليه فيعطيه ما عليه من الدين، والكفيل لا يدري أيهما أكثر، فصار ما دفعه وقع على وجه فيه هذا الوجه من الغرر والخطر فيجب منعه، أو إمضاؤه لكون القصد به المكارمة، كما قدمناه. واعتضد في هذا بأن ابن المواز ذكر في كتابه في من تحمل بدنانير وصالح عن الغريم على عرض يقضي فيه بالقيمة أن ذلك أجازه أشهب وإليه رجع ابن القاسم قال: ولم أر بين أصحابهما فيه اختلافاً. فقوله: إن ابن القاسم رجع إلى هذا، وهو الإجازة، يقتضي أنه كان يقول بالمنع. وهذا وإن كان ظاهر هذا اللفظ مما يشير إلى الخلاف الذي رأى أنه ينبغي أن يجري في هذه المسألة فإن ظاهر المدونة يمنع منه، لأنه فرق في كتاب السلم فمنع الصلح في هذه المسألة بعرض يقضى فيه بالمثل، وأجازه بعرض يقضى فيه بالقيمة. فلو كان النوعان عنده يجريان مجرى واحداً لم يكن لهذه التفرقة في الجواب معنى.

ولا شك أن هذه التفرقة التي وقعت في المدونة تشير إلى أن هذين النوعين لا يكون حكمهما واحداً، فلا وجه لتقويّهم المساواة بين ما فرقوا فيه.

واعتذر بعض الحذاق. عن الذي أشار إليه الشيخ أبو القاسم بن الكاتب من الاعتراَض، وصوره من الغرر، بأن الكفيل إذا دفع هذا العرض فالغالب أنه لا يدفعه إلا وقد عرف قيمته، وعلم أيضاً أن الغريم لا يحتاج إلا غرامة أقل المقدارين، إما الدين الذي عليه، أو قيمة العرض الذي صالح به عنه الكفيل، فيكون إذا قدرنا أنه علم مبلغ الدين ومبلغ قيمة العرض الذي دفع، وعلم أن الغريم لا يختار أن يدفع له إلا أقل المقدارين، صار كالمتطوع بزيادة قيمة عرضه على الدين، أو كالمتطوع بزيادة قيمته على الدين، وهذا يمنع تصور الغرر. وهذا أيضاً إذا كان العرض الذي صالح به الكفيل يقوّم من العين بجنس الدين، إن كان الدين دنانير قوّم بها في المعتاد عندهم، أو كان الدين دراهم والعادة عندهم تقويمه بالدراهم. وأما إن كان يقوم من العين بجنس آخر خلاف الدين مثل أن يكون الدين دنانير وصالح بعرض يقوم بالدراهم، فإن هذا خارج مما

نحن فيه، وراجع إلى ما قدمناه من جريه على الخلاف في أن الصلح الواقع بجنس خلاف جنس الدين كما قدمناهُ.

وكذلك اختلف القول عندنا في صلح الكفيل عن دنانير تحمل بها بدراهم، لأجل ما في هذا الصلح من تخيير الغريم بين دفع الدنانير التي عليه أو جنساً آخر وهي الدراهم التي دفعها الكفيل عنه. وهذا إذا حل الأجل، وأما قبل حلوله فيتصور فيه الصرف المؤخر، لأنا نمنع أخذ دنانير عن دراهم لم يحل أجلها، وتأخيره إذا حل الأجل، هذا هو الأشهر في تعليل الخلاف في هذا. وقد اعتذر ابن حبيب عن كون هذا صرفا بأن قال: من أقرض طعاماً فإن للكفيل أن يصالح عن الغريم بطعام خالفه، ولا يكون هذا بيع طعام بطعام ليس بدَنانير، كما يجوز له أن يصالح عن دنانير تكفل بها بدراهم ولا يكون هذا صرفاً مستأخراً، لأنه إنما يكون صرفاً أو بيعاً لطعام بطعام عند إمضاء الغريم فعل الكفيل والتزامه أن يؤدي ما أُدي عنه، فحينئذ يؤمر بالتناجز، وأما قبل أن يخيّر فيختار إمضاء فعله، فإن الذي في ذمته باق عليه، ومعاملة الكفيل ومستحق الدين (تأخير في طعام) ولا[1] في مصارفة./ وذكر أن هذا مذهب ابن كنانة، وأشار إلى اختلاف قول ابن القاسم فيه. وقد قيل في هذا إن الغريم إذا رضي بإمضاء فعل الكفيل فإنه يخرج من ذمته الدنانير ويشتري بها الدراهم، فإن قصرت عن مبلغ الدراهم لم يلزم الغريم زيادة، وإن فضل من الدنانير فضلة كانت للغريم، ولا تكون للكفيل لأنه لا يربح فيما اشتراه لغيره، وهذا احتياط للخروج عن صرف فيه خيار.

وقد ذكرنا لك أن شراء الكفيل الدين لنفسه بخلاف شرائه[2] فإن وقع الشراء بجنس واحد غير الدين جاز ذلك إذا اشتراه الكفيل لنفسه على صفة ما بيناه واشترطناه، وإن اشتراه الغريم[3] كان فيه الخلاف الذي قررناه ونوعناه.

---

(1) الكلام على الاثبات، والسياق يقتضي النفي.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: للغريم.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: للغريم.

وإن كان الشراء بجنس الدين، فإن كان الثمن والمثمون متساويين، عدداً وصفة ونوعاً، جاز ذلك قبل الأجل وبعد الأجل، سواء اشتراه الكفيل لنفسه أو للغريم، مثل أن يتكفل بثياب يشتريها بثياب مثلها، نوعاً وعدداً وصفة، فإن ذلك يكون قضاءً للدين لا مبايعة فيه؛ وقضاء الدين على ما هو عليه جائز. وإن كان ما يشتري به الثياب المسلم فيها أدنى من الثياب التي في ذمة من عليه السلم أو أقل عدداً فإن ذلك لا يجوز إذا لم يحل الأجل لأنه إن اشترى ذلك لنفسه كان كمن أسلم ثوباً في ثوبين وقد أسلف في زيادة. وإن اشترى ذلك بثياب أكثر عدداً أو أعلى صفة فإن ذلك لا يجوز كان ذلك داخلاً في أسلوب حط الضمان وأزيدك وأما إذا حل الأجل فإن الشراء لهذه الثياب التي في الذمة بثياب أدنى منها في الصفة أو أقل في العدد أو أجود في الصفة وأكثر في العدد لا يجوز إذا اشترى ذلك لنفسه، لأنه شراء ثياب في الذمة، وبيع الثياب بثياب مخالفة لها في الصفة لا يجوز إلا إذا كان لا تأخير فيه.

وقال بعض أشياخنا إن جواز شراء الكفيل هذا لنفسه إذا حل الأجل واشترى بما هو أفضل من الصفة أو أكثر في العدد، لأن هذا يكون قضاءً من الكفيل لما وجب عليه، وحسن القضاء مأمور به في الشريعة. وهذا الذي انفرد به ظاهر المذهب خلافه، ولا يسلّم أهل المذهب أن هذا القصدُ به حسنُ القضاء، لأنا فرضنا السؤال فيما قصد به المبايعة والمتاجرة، فخرج بهذا القصد عن حسن القضاء، كما لو اشترى الثياب التي في الذمة بأدنى منها فإنه يسلَّم منعُ ذلك لكون القصد بهذا العقد المبايعة، وصار كسلف يطلب به الزيادة والمنفعة. لكنه لو جبر الكفيل بعد حلول الأجل على القضاء فقضى ما هو أدنى وقبل منه ذلك من له الدين، فيما عفا من الجودة هل أراد بذلك الهبة لمن عليه الدين أو للكفيل فيمضي الأمر فيه على ما قصد إليه من هذا؟ وأما لو صالح الكفيل بعد حلول الأجل على ثياب من أدنى الثياب التي في ذمة الغريم، أو أجود فإن ذلك يجوز إذا صالح بهذا عن الغريم لما كنا قدمنا الإشارة إليه من كون من عليه الدين لا يختار أن يقضي إلا ما هو أخفّ عليه، وأقل في المقدار، فصار الكفيل

المصالح كأنه عاوض عنه، وهو يعلم ما يصير إليه من قبله، وإذا علم ذلك ارتفع الخيار الموجب للخطر على أحد القولين المتقدمين. هذا حكم العروض المتكفل بها إذا وقع الصلح عنها من الكفيل لنفسه، أو عن الغريم قبل الأجل وبعده.

وأما لو كان المتكفَّل به طعاماً من سلم فإن الصلح قبل الأجل لا يجوز بسمراء عن محمولة، ولا محمولة عن سمراء، لأنه إن وقع الصلح عن الغريم تضمن هذا العقد ما قدمناه من الوقوع في: ضع وتعجل، أو حط عنّي الضمان وأزيدك. وإن صالح لنفسه فذلك أحرى في المنع لأنه عقد بطعام على طعام مؤخر ووقع العقد على بيع الطعام قبل قبضه.

وأما إن حل الأجل فلا يجوز ذلك عن نفسه لما قدمناه، ولا عن الغريم لكون الغريم مخيراً لما يدفع للكفيل المصالح، وقد يعتقد أن المحمولة أفضل من السمراء، لاختلاف حال منهما، أو اختلاف حال الأغراض عندهما. وإذا صارا كالجنسين منع من ذلك، بخلاف ما لو دفع الغريم من مال نفسه بعد الأجل محمولة عن سمراء أو سمراء عن محمولة، فإن هذا جائز لأنه كالمبادلة ولا بيع فيه، وإذ كان الدفع من الكفيل على وجه فيه/ خيار للغريم، ولا يدري الكفيل ما يحصل له هل ما دفع أو ما اشترى؟ صار هذا يتصور حكم المبايعة فيه وثبوت الخيار الذي إنما يتصور غالباً في البياعات لَلَحِق هذا العقد من الكفيل بالوجه الممنوع لأجل أنه دفع ما فيه خيار لغيره عليه.

ولو كان الدين سمراء فقضى الكفيل الغريمَ أدنى منها ـ من السمراء ـ أو كان الدين محمولة فقضى الكفيل عن الغريم محمولة أدنى منها، فإن ابن القاسم منع من ذلك إذا كان الدين من سلَم. والوجه للمنع ها هنا على مقتضى ما أصلناه لأنه يعلم حين الصلح أن/ الغريم لا يختار إلا ما هو أرفق به. ولا يتصور ها هنا أن يعتقد أحد أن السمراء الجيدة تكون أدنى من السمراء الدنيئة. بخلاف ما قررناه في السمراء إذا أخذ عنها محمولة. وقد أجاز في كتاب الحمالة

هذا إذا كان الطعام قرضاً، لكون طعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه، فلم يحتط لبيع الطعام قبل قبضه في طعام القرض كما احتاط في طعام السلم، ولكنه في كتاب الحمالة شرط في القرض أن يكون الأجل قد حل، وهذا إنما شرطه لأنه ذكر في السؤال أنه دفع عن طعام سمراء عن محمولة أو محمولة عن سمراء، ودفع محمولة عن سمراء في طعام القرض المؤجل لا يجوز قبل الأجل، لأنه بمعنى: ضع وتعجل. وإما حطّ عني الضمان وأزيدك، فلا يتصور في القرض لأن من هو عليه له تعجيله بغير اختيار من هو له. فلما اشتمل السؤال على وجهين يمنع أحدهما قبل الأجل، ويجوز الآخر اشترط حلول الأجل لكون الأجل إذا حل استوى الوجهان في الجواز.

وإذا وضح ما يجوز الصلح عليه وما لا يجوز فلنذكر حكم طلب الكفيل براءة ساحته ما يكفل به[1] بأن يقضي المسلم ما يقدر عليه، فاعلم أن الأجل إذا حل كان من حق الغريم الذي عليه الدين أن يطالب من له الدين بقبضه منه ليبرأ من الطلب، وهذا لأنه لا يلزمه أن يبقي ذمته عامرة بعد انقضاء الأجل الذي تعاقدا عليه.

وأما طلب الكفيل أن يبرأ من كفالته فإنه إذا حل الأجل وكان من له الدين حاضراً كان من حق الكفيل أن يطلب براءته من الكفالة إما بمخاطبة من عليه الدين أن يقضيه أو بمخاطبة من له الدين أن يقبضه أو يُبرىء الحميلَ إن اختار تأخيره على من هو عليه، لكون الحميل يتضرر ببقاء المطالبة بالحمالة عليه بعد ذهاب المدة التي التزم الحمالة فيها.

وأما إن كان من له الدين غائباً ومن عليه الدين يُخشى أن يعجز عن قضاء الدين إن تأخر قبضه، أو يَلِدّ عن القضاء، فإن من حق الحميل ها هنا أن يطالب القاضي بإخراج الدين الذي يجب للغائب، ويوقفه على يد من يأمنه عليه، ليبرأ الحميل من حمالته إذا أخرج الدين من الذمة التي تحمل عليها. وأما إن

(1) هكذا في النسختين، وفي ش: له.

كان الذي عليه الدين ظاهر الملأ لا يخشى منه لَدَدٌ فإن الأظهر من أقوال مشائخنا أن من حق الحميل أن يطلب من القاضي إخراج هذا الدين ليبرأ من الحمالة، لما قدمناه من كونه يتضرر ببقاء الحمالة عليه أَمَداً آخر زائداً على الأمد الذي التزم الحمالة له فيه. ولم يَلتفت ها هنا إلى حق الغائب قد يضيع فتكون مصيبته منه، وقَدَّم مراعاة ضرر الحميل على مراعاة ضرر الغائب لأجل أن المعاقدة إنما كانت على أن الحميل لا مطالبة عليه إلا إلى أجل محدود، وقد سبق حقه في نفي الضرر عنه حق الغائب في اعتبار إخراج دينه من ذمة إلى أمانة، وأصّلنا في الضررين إذا تقابلا أن يعتبر أحدهما فيقدم اعتباره والنظر في إزاحته. وقد ذكر ابن حبيب في هذا أن من عليه الدين إذا كان مليئاً فإنه لا مقال للحميل؛ وهذا لأنه رأى أن الحميل إنما كان له مدخال[1] في المطالبة بإخراج هذا الدين من ذمة إلى أمانة، لأجل ما يلحقه من الضرر من تخوف عُدْم الغريم، فتتوجه المطالبة عليه. وإذا كان الغريم لا يُتخوف جانبه في هذا لم يحسن إلحاق الضرر بالغائب بإخراج دينه إلى أمانة مع كون الحميل [لا يظهر وجه تصوره بترك خروج الدين من الذمة، وهذا عندي قد يحسن مع القول: إن الحميل][2] لا يطالب إلا عند تعذر أخذ الدين من الغريم. وإذا كان الغريم مليئاً غير مُلِدٍّ فكان[3] الحميل آمناً من توجه المطالبة عليه. وأما/ إذا قلنا بأحد قولي مالك: إن من له الدين من حقه أن يطالب الحميل مع حضور الغريم وملائه، قد يحسن الطريقة الأخرى وهي تمكينه من طلب براءة ذمته حتى لا يبقى لمن له الدين مطالبة عليه. وإذا تقرر هذا وعلم حقيقة توجه طلبه بإخراج الدين من ذمة المدين فإنه إن قبضه من الغريم لم يخل من ثلاثة أقسام:

أحدها أن يقبضه برسالة من له الدين ووكالته على ذلك أو برسالة من عليه/ الدين ووكالته على إيصاله لمستحقه، أو يقبضه على جهة الرسالة ممن له

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: مدخل.
(2) ما بين المعقّفين زيادة من (ش).
(3) هكذا في جميع النسخ ولعل الصواب كان.

الدين أو ممن عليه الدين، فإنه غير ضامن له إن ضاع في يديه لكونه أميناً لمن وكله، إما مَن له الدين وإما من هو عليه. والوكيل لا يضمن لأنه مؤتمن كالمودع.

وأما إن قبضه على جهة الاقتضاء فإنه يضمن، وإن ضاع في يديه من غير تفريط منه. وبالغ في المدونة في هذا فقال: يضمنه، كان هذا الدين المقبوض مما يغاب عليه أو لا يغاب عليه، ضاع ببينة أو بغير ببينة، قضاه الغريم متبرعاً أو غير متبرع بقضاء من سلطان أو بغير قضاء منه. وأنكر سحنون هذه اللفظة التي وقعت ها هنا وهي قوله «بقضاء من السلطان» لكون السلطان لا مدخل له ها هنا، ونقلها ابن المواز وزاد في النقل أن السلطان إن قضى بذلك فقد أخطأ. وأشار فضل بن سلمة إلى طريقة أخرى في الاعتذار عنها، فذكر ما حكيناه عن ابن حبيب أن الحميل إذا طلب براءة من الحمالة، وكان الغريم ممن يتخوف ألا يؤخذ منه الدين، فإن من حق الحميل أن يطالب القاضي بإخراجه من ذمة الغريم ويوقفه على يدَ من يثق به، إما هذا الحميل أو غيره. وإشارة فضل بن سلمة ها هنا تقتضي ضمان الحميل إياه وإن كان وقفه عنده القاضي لما طلبه بالإبراء من الحمالة، وكأنه قدر أنه إنما قبضه وقبله من القاضي لمنفعة نفسه، وطلباً لبراءة ساحته وهو السبب في إخراجه من الذمة، فضمنه بوضع يده عليه مع كونه طلب ذلك لمنفعة نفسه. ولو وقفه القاضي عند غير الحميل، وحكم ببراءة من عليه الدين، لكان ذلك، إن ضاع، في ضمان الغائب. وأشار بعض الأشياخ إلى أن الحميل إنما يضمن هذا إذا قبضه على جهة الاقتضاء، لأن معنى الاقتضاء أنه طالب الغريم بأن يسلِّم إليه الدين الذي عليه ليبرأ منه، ويكون هذا المطالَب به دونه. وهذا الالتزام ودفع الدين على هذا الشرط يوجب ضمانه على كل حال. وقوله في المدونة في هذا الجواب «دفعه متبرعاً أو غير متبرع» يعني أنه دفعه بقضية السلطان أو بغير قضية السلطان، لأن مطالبة الحميل له به وأخذه منه على جهة الاقتضاء.

ولو تعدى هذا الحميل القابض لهذا الدين على ما قبضه من طعام من سلم تحمل له، فباعه بعد أن أُسلِم إليه تعدياً، فإن المتعدي على سلعة غيره إذا أفاتها

بالبيع، ولم يمكن استرجاعها، فإن صاحبها بالخيار بين مطالبة قيمتها أو مثلها إن كان لها مثل. فإذا تقرر هذا اعتبرت بعده نكتة أخرى وهي أن بيع الطعام قبل قبضه لا يجوز. وإذا تقررت هذه النكتة اعتبرت بعدها نكتة أخرى أيضاً، وهي أن هذا الطعام إذا قبضه الحميل بوكالة من له الدين، فكأن من له الدين قبضه بيده وبرئت ساحة الغريم، وإذا قبضه برسالة من عليه الدين فإن هذا المقبوض من الطعام تعلق به حقان لمن عليه الدين وهو مرسله لكونه لا يبرأ من طلب منه الدين إلا بوصوله إليه. وتعلق به أيضاً حق من له الدين لأن باعثه قد ملكه إياه بهذه الرسالة إن شاء ذلك وقبل هذا وصار الرسول كأنه/ من قبله، ولهذا لم يكن للرسول أن يمنع من له الدين قبضه إذا شاء، ولا أن يبدله عليه. ولو فلس باعثه لكان المبعوث إليه الذي له الدين أولى به من الغرماء لكونه بعث إليه ليتملكه إذا شاء.

وإذا تقررت هذه النكتة علمت منها أن هذا الحميل إذا باع الطعام لمن يتعلق به مطالبة من الغريم إذا كان إنما قبضه منه بوكالة من له الدين لأنه قد بريء بدفعه لهذا الوكيل، لكن يتوجه إلى الموكل الذي له الدين فيغرم الوكيل بائعُ الطعام تعدياً إن شاء مكيلة الطعام، وإن شاء أجاز بيعه على مقتضى ما قدمنا ذكره في هاته النكتة. وأما إن قبضه هذا الحميل برسالة ممن هو عليه فإن المطالبة ها هنا تقع بأحد أمرين: إما بمثل الطعام المبيع وإما بثمنه. فأما المطالبة بمثل الطعام فإن ذلك متوجه لمن له الدين لكونه قد تملك هذا الطعام المبعوث إليه إذا شاء، وهو الآن يقول: قد شئت، ويتوجه أيضاً للذي عليه الدين لكونه مطلوباً بغرامته، لكون من له الدين قد لا يرضى بطلب رسوله ولا يطلب إلا غريمه. فلهذا كان طلب هذا البائع المتعدي بمثل الطعام الذي باعه حقاً للرجلين جميعاً من له الدين ومن عليه الدين. وأما المطالبة بالثمن فإنه يمنع منها من له الدين ويمكن منها/ من عليه الدين. أما من له الدين فإنما منعناه من هذا لأنا لو مكناه من أخذ ثمن الطعام بالطعام المبيع تعدياً، وهو لم يضمنه ولا صار إلى يديه، لكنا أبحنا له بيع الطعام قبل قبضه، وأما تمكين مَن

عليه الدين من طلب الثمن فإنا مكنّاه من ذلك لأن الطعام الذي في ذمته لم يبرأ منه، وعليه أداؤه لمن له الدين إذا طلبه منه. وإذا كان باقياً على ملكه أو في حكم الباقي على ملكه لم يمنع من قبض ثمن ما بيع عليه من ملكه بغير إذنه.

وأما إن قبضه هذا الحميل على جهة الاقتصار[1] وباعه فإنه لا مطالبة عليه بالثمن، لكونه إنما باع ما صار إلى ملكه، وهو المطلوب به بثمنه لا مقال فيه [لأنه لم يقبضه بوكالته، ولا لمن عليه الدين لأنه سلّمه إليه كقرض يكون له عليه يقضيه عنه لمن له الدين][2]. فإن طلب من له الدين الكفيل بالطعام فأخذه منه، فقد برىء هو والغريم. وإن طلب الغريم وأخذه منه[3]، ورجع الغريم على الحميل المقتضى منه ثمن ما أعطاه.

وأما إن كان الحميل قبض هذا برسالة ممن عليه الدين فإنّا ذكرنا أنه قد تعلق من الرجلين جميعاً من له الدين ومن عليه الدين، فطلب هذا الحميل المتعدي بمثل الطعام الذي باعه تعدياً، فإن اختار من له الدين أن يطالب بالطعام الكفيلَ بحق تعديه لا بحق الكفالة مُكّن من ذلك لما قدمناه من وجه تعلق حقه به. لكنه في المدونة ذكر أنه لا يمكّن من ذلك إن قبضه الحميل على غير جهة الاقتضاء، ولا ضمان عليه فيه. وأنكر يحيى بن عمر هذا الاشتراط، ورأى أنه إذا قبضه هذا الحميل على جهة الاقتضاء كان تمكين من له الدين من طلبه بما قبض أوضحَ من تمكينه من طلب به إذا قبضه على جهة الرسالة، لأنه إذا قبضه على جهة الاقتضاء فقد أخذه ملتزماً براءة ذمة الغريم، واستقرار طلب من له الدين على ذمته، فذلك أحرى أن يمكن من له الدين من طلبه به إذا تعدى فباعه، لما صورناه من كون باعث الطعام ملكه لمن له الدين إن شاء، فلذلك أنكر يحيى بن عمر هذا الاشتراط، ورآه مُوَهّنا أن قبضه على جهة الاقتضاء يمنع من تمكين رب الدين من طلبه به، فيكون هذا كعكس الأصول.

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: الاقتضاء.

(2) ما بين المعقوفين مثبت في (ش) فقط.

(3) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب حذف الواو.

/ واعتذر عن هذا بعض الأشياخ وقال: إنما قصد بهذا التنبيه على موضع الاشكال، وهو قبضه إياه على جهة الرسالة. وأما قبضه إياه على جهة الاقتضاء فحكم[1] ذلك واضح، فكأنه أراد يمكن من هذا، وإن قبضه على جهة الرسالة، لكون قبضه على جهة الرسالة فيه من الاشكال ما ليس في قبضه على جهة الاقتضاء.

وينبغي أن يعلم ها هنا أن من حق رب الدين أن يطلب الكفيل بحكم التعدي، فإن تمكنه من ذلك مع حضور الغريم وملائه يجري على القولين المشهورين، ويمكن من له الدين من طلب الكفيل مع حضور الغريم وملائه.

وأما إن اختار من له الدين طلب الغريم لا الكفيل فإنه يمكن من ذلك، فإذا دفع إليه الغريم الطعام الذي كان من حقه أن يخير بين إغرام رسوله مثل الطعام الذي تعدى له عليه، أو يجبر تعديه ويغرّمه الثمن لأن طلب مثل الطعام حق لمن له الدين ومن عليه الدين، كما قدمناه. وأما طلب ثمنه فإنما منع منه من له الدين لئلا يكون بائعاً للطعام قبل قبضه. ولو اختار من له الدين طلب الكفيل المتعدي على البيع فأغرمه مثل الطعام لكان من حق الغريم باعث الطعام أن يأخذ منه ثمن الطعام الذي بعثه معه ويعطيه مثل الطعام الذي أغرمه من له الدين. وقد يهجس في النفس أن هذا مناقض لما قدمناه من كون تعدي هذا الرسول يوجب حقاً لمن له الدين ومن عليه الدين. فإذا اختار من له الدين طلب الكفيل بغرامة مثل ما تعدى فيه صار إنما باع ما هو على ملكه، لكونه أغرم مثله. لكن بعض حذاق الأشياخ أشار إلى الاعتذار عن هذا بأن باعث الطعام يقول لرسوله: أنت بعت الطعام الذي أنفذتُ معك، وهو في يدك على حكم الوديعة مني لك، فتعلق لي حق عليك في غرامة مثل ما بعثه[2] أو ثمنه، فلا يُسقط حق في ذلك غرامة من له الدين مثل الطعام، وقد تقرر لي حق في إجازة

---

(1) في ش: وحكم.

(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: بعته.

بيعك، وأخذ ثمن الطعام، ولا سبيل إلى هذا إلا بأن يعطيك مثل الطعام الذي أغرمك من له الدين.

وأما قبضه على جهة الاقتضاء فإنه لا يطالب الحميل بثمن ما باع، لا من جهة من له الدين لأنه وإن مكناه من ذلك كان بيعاً للطعام قبل قبضه؛ ولا من جهة من عليه الدين لأن قبضه منه كقرض أقرضه إياه ليَقضيه عنه، فإذا طلب من له الدين الغريم لم يرجع عليه الغريم إلا بمثل الطعام الذي أخذه منه على جهة الاقتضاء، كما لا يرجع عليه بطعام أقرضه إياه إلا بمثل الطعام لا بثمنه إن باعه.

وإذا تقررت أحكام هذه الفصول الثلاثة وهي قبضه بوكالة أو رسالة أو اقتضاء، فإنه لو اختلف الحميل قابض الطعام والغريم دافعه على أي وجه قبض، فقال من عليه الطعام: على جهة الاقتضاء؛ ليضمن القابض الطعام. وقال قابضه: على جهة الرسالة، ليسقط الضمان عنه. فإن هذا يجري على القولين في المسألة المشهورة إذا قال قابض الدنانير: قبضها[1] وديعة وقد ضاعت؛ وقال دافعها: بل دفعتها إليك سلفاً. فإن الاختلاف في هذا مشهور، فمن ذهب إلى أنه لا يؤخذ المقر بأكثر مما أقرّ به صدّق القابض ها هنا: أي ما قبضته إلا على جهة الأمانة. ومن ذهب إلى أن القابض مقرّ بالملك للدافع مدع عليه ما سقط[2] الضمان عنه صدق ها هنا الغريم دافع الطعام.

وينبغي أن يعلم أنه متى طلب من له الدين الكفيل بأداء ما تكفل/ به فغرمه له، فإنه يعتبر في ذلك هل اشتراه بثمن فيرجع به، لأنه كالمأذون له في هذا لما تكفل عمن عليه الثمن[3] الدّين، ويقدر كأن من عليه الدين أذن له في أن يسلفه ما يشتري به ما يغرمه عنه. وإن كان أدى ذلك من ماله من غير شراء فإنه يرجع بمثله على الغريم وإن كان عرضاً، لأنه كالقرض هذا للغريم[4]، والقرض إنما

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: قبضتها.
(2) هكذا في النسختين والأولى بسقط.
(3) ساقطة في (ش) وهو الأولى.
(4) هكذا في النسخ، ولعل الصواب: لهذا الغريم.

يرجع فيه بالمثل ولو كان عرضاً.

ولو أدى عنه طعاماً هو عليه من سلم لجاز للكفيل أن يأخذ منه من الغريم إذا تراضيا بذلك، ولا يتهم في هذا، [لكونه إنما يأخذ ثمن طعام أقرضه الغريمَ، وبيع القرض قبل قبضه جائز. هذه المعاملة التي تراضيا عليها أمر حادث بعد القرض، فلا يتهمان في هذا][1] بخلاف اتهامهما في معاملة الكفيل لمن له الدين. لكنا ذكرنا عن ابن المواز أنه يمنع الكفيل من أن يشتري الثياب التي تكفل بها بدنانير أكثر من رأس مالها أو بدراهم، وأحلّه في هذا محل الغريم التي هي عليه لما كان يتوجه لمن له الدين طلبُه بهذا الذي اشتراه، فصار كأنه هو الغريم، وقد قدمنا ما قيل في هذا. وكذلك لو تكفل بثمن طعام عمن اشتراه فأدَى الثمن عنه، فإنه يجوز له أن يأخذ عن ذلك الطعام ثمناً، لما كان، قبل هذا، معاملةٌ بينه وبين من يحمل عنه حادثة بعد أن أقرضه الثمن الذي أدى عنه على حسب ما قدمناه.

ولو اشترى الكفيل ألف درهم من رجل تكفل له بها مائة درهم واشترى ذلك لنفسه فإن ذلك لا يحل لكونه بيع دراهم بدراهم متفاضلة نساء. لكن إذا نقضنا هذه المعاملة بينهما وألفينا الكفيل عليه ديون استدانها بعد الكفالة، فهل يكون من له الدين أحق بما قبض من الكفيل من غير بابه، ويرد ذلك إليهم، ويحاصّهم بما توجه له على الكفيل؟ حاول بعض الأشياخ أن يجري هذا على الخلاف فيمن اشترى سلعة شراءً فاسداً ونقد ثمنها ففسخ، وطلب الثمن فألفى على قابضه غُرَماء، فإن ابن القاسم لا يراه أحق بالسلعة دونهم، لكون الشرع نقض بيعه، وأمره بإزالة يده عنها، فكأنه لم يَحُزها دونهم. ورأى عبد الملك ابن الماجشون أنه أحق بالسلعة حتى يقبض ثمنها الذي دفع، لما كانت له شبهة في هذه السلعة المقبوضة، لكونها إن حال سوقها أقرّت في يده، ولكونه ضامناً لها.

---

(1) ما بين المعقّفين ساقط من (و)، (م).

وأشار بعض الحذاق إلى أنه لا خلاف في مسألة الحميل، لكونه دفع دفعاً فاسداً يجب نقضه عن دين مستقر في الذمة، فكأنهما أمران لا علاقة لأحدهما بالآخر. ولو تحمل الكفيل لمن أسلم في طعام رأس المال خاصة، لاعتُبر هذا هل أراد به أنه مَن طلبه بالضمان أعطاه رأس المال وانحلّ العقد، أو يعطيه رأس المال يشتري به من الطعام السلم ما بلغ فيه رأس المال. فإن كان المراد بضمان رأس المال أنه ينتقض السلم إذا طلب الحميل ويعطيه رأس المال، فإن هذا يفسد العقد إذا وقع عليه، لكونه تارة بيعاً إن لم يطلبه بالضمان، وتارة سلفاً إن طلب به. ولو كان هذا بعد النقد لم ينفسخ العقد وفسخت الحمالة خاصة. وإذا كان هذا مقارناً للعقد وأفسد الحمالة، فهل يطالب الحميل أم لا؟ هذا جارٍ على ما يرد بيانه في كتاب الحمالة إن شاء الله من اختلاف ابن القاسم وغيره في الحمالة الفاسدة إذا قارنت العقد هل يطلب الحميل بما ضمن لكون ضمانها هو سبباً لدفع رأس المال أو لا يطلب بذلك؟ فعند ابن القاسم لا يطلب، وعند غيره يطلب بما أتلف، على ما سيرد بسطه في موضعه/ إن شاء الله. وأما لو كان المراد يتحمل برأس المال ليشتري به من له الدين من الطعام ما بلغ إليه ما دفعه الحميل ويبقى بقية الطعام في ذمة الغريم، فإن هذا يجوز إذا كان بعد العقد. وأما إن كان[1] العقد فإنه حاول بعض الأشياخ أخرى[2]، ورأى أن الحمالة ها هنا بأمر معلوم لا غرر فيه، وإنما يجهل ما يشتري من الطعام المسلم فيه، فلا وجه لمنع هذه الحمالة، وأجراها على الخلاف، كما لا يمنع أن يرتهن رهناً بما أسلم فيه وإن كان لا يعلم هل بقي ثمن الرهن إذا بيع المسلم فيه لتغير أسواقه أو لتغير عينه أشد ممّا يرقب من اختلاف سعر الطعام المضمون ثمنه مقدار رأس المال.

---

(1) نقص في الأصل ولعل الصواب وإن كان بعد.

(2) هكذا.

فصل

في المعاوضة على تحويل السلم

اعلم أنا كنا قدمنا في كتاب السلم الأول نكتةً معتبرة في المعاوضة عن السلم. وهذا الفصل ملحق بها ويجري فيه بعض ما قدمناه من تلك النتكة.

فإذا أسلم دنانير في ثوب إلى أجل معلوم، فلما حل الأجل أراد من له السلم أن يزيد ديناراً لتغير[1] السلم فيأخذ عنه صنفاً آخر عما أسلف فيه، أو الصنف بعينه ولكن صفة مختلفة أو متفقة. فأما إذا أراد أن يُعَاوِضَ على تبديل الصنف، بأن يعطيه لما حل الأجل عوض الثوب طعاماً أو حيواناً، فإن ذلك جائز، جرياً على ما أصلناه في كتاب السلم الأول من كون الطعام أو الحيوان يحوز أن تسلم فيه الدنانير التي هي رأس المال، وأن يؤخذ ذلك عوضاً عن الثوب المسلم فيه، على حسب ما قدمناه من اعتبار هذين الوجهين.

ولكن من شرط هذا تعجيل المأخوذ عن السلم، وأن يتناجزا فيه ولا يتأخر قبضه لئلا يكون تأخير قبضه معاقدة على فسخ دين في دين.

ولو أراد أن يأخذ عن السلم ما هو من صنفه وقد حل الأجل لجاز ذلك أيضاً، ويعتبر فيه ما اعتبرناه فيه إذا أخذ فيه من غير صنفه من تعجيل وجواز المعاوضة به عن رأس مال السلم وعن المسلم فيه لكن/ إن تأخر العوض عن السلم، وهو من غير صنف السلم، كان ديناً بدين، وإن تأخر، وهو من صنفه، لكنه أزيد مقداراً منه، كمن أسلم في ثوب شطاط عشرين ذراعاً، فإن هذا إن

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: لتغيير.

دخله تأخير كان بيعاً وسلفاً، الزيادة على المقدار الذي عقد عليه السلم بيعُ، وتأخير المقدار المسلم فيه سلفٌ. هذا إذا تراضيا بتحويل السلم بعد حلول الأجل. وأما إن تراضيا بذلك قبل حلول الأجل فتعاقدا على أن زاد من له السلم ديناراً على أن يأخذ عوض ما عقد السلم صنفاً غير ما أسلم فيه، فإن ذلك لا يجوز، بغير خلاف، لأنه دين بدين، فكأنه أسلم ديناراً في ثوب إلى شهر، فزاده بعد العقد وقبل حلول الأجل ديناراً على أن يأخذ منه إذا حل الأجل طعاماً أو دابة موصوفة، فإن هذا معاوضة عن دين مؤجل وهو الثوب الذي تعاقدا عليه السلمَ أوّلا بطعام إلى أجل، رهناً حقيقة الدين بالدين. وكذلك إذا زاده ديناراً على أن يأخذ عوض الثوب المسلم فيه ثوباً أرقّ منه[1] وأصفق وأعرض منه، فإن ذلك يمنع، كما يمنع تعاقدهما على أخذ صنف آخر، لما يتصور فيه أيضاً من دين بدين، فيقدر أن المسلم باع ثوباً خشناً مؤجلاً وديناراً معجلاً، بثوب رقيق يأخذه مؤجلاً أيضاً، وهذا دين بدين فوجب أن يمنع. وأما إن لم يكن اختلاف الثوبين لا من ناحية الطول فزاد من له السلم ديناراً قبل الأجل على أن يأخذ ثوباً عند الأجل على صفة الثوب الذي تعاقدا عليه، لكن الثوب الذي رجع إليه أطول بذراع، فإن هذا يمنعه سحنون ويراه يتصور فيه الدين بالدين، كما صورناه فيما قبل، وكأنه باع منه ثوباً مقداره عشرون ذراعاً مؤجلاً ودينار نقداً بثوب مؤجل مقداره أحد وعشرون ذراعاً، على حسب ما صورناه فيهما إذا اختلفا بالرقة والخشانة، وأجاز في المدونة هذا الوجه خاصة، ورأى أن الثوب/ الذي تعاقدا عليه إذا لم يتغير شيء من صفاته فإن الأذرع التي تعاقدا عليها السلم حاصلة بعينها في المعاوضة الثانية، وإنما أفادت المعاوضة الثانية عقد صفقة أخرى كأنها لا تعلق لها بالأولى، وكأن هذه الزيادة لا تغيّر حكم المزيد[2] عليه وتُعلْقه[3] بصنف آخر، كما تغيّره صفة الرقة والصفاقة، فلم يكن في الانتقال إلى

(1) هكذا، ولعل الصواب: أو.

(2) هكذا في (ش)، وفي م، و: الدين.

(3) هكذا في (ش)، وفي م، و: تعلقه.

هذه المعاوضة الثانية بيع دين بدين. ولكن يعتبر ابن القاسم في هذا ما يعتبر في أصل السلم من تعجيل رأس المال، ولهذا قال في المدونة: يجوز ذلك لأنهما صنفان.

والمعتبر أيضاً أن تكون المعاوضة الثانية إلى أجل من آجال السلم، فإن كان يبقى من أجَل السلم الأول مثل ما يجوز عقد السلم إليه، جازت هذه المعاوضة الثانية.

ويعتبر أيضاً ألاّ يقدّم المسلم الأول عن أجله ولا يؤخر، لأن تقديمه على أجله أو تأخيره عنه يتضمن كون هذه المعاوضة بيعاً وسلفاً لأن الدينار المزيد في رأس المال عوض الذراع المزيد في الثوب إذا تعاقدا فيها على تقديم مثل الأجل أو تأخير صار ما وقع من زيادة تبايعاً قارنه سلف وهو التعجيل أو التأخير. وقد أشير إلى الانتصار لمذهب سحنون في منع المعاوضة على زيادة في الطول، بإن ابن القاسم منع من ذلك إذا وقعت المعاوضة بعد طول الأجل مع تأخير الثوب المسلم فيه، وقدّر ذلك بكون البائع باع ثوباً ودرهماً بثوب أطول منه من غير تناجز. وهذا يتصور إذا وقعت هذه المعاوضة قبل الأجل. ويفيد أيضاً أن من له السلم باع ثوباً مقداره أحد وعشرون بشرط التأخير. واعتذر عن هذا الذي تناقض به ابن القاسم بأن الأجل إذا حل فقد ملك من له السلم تعجيله، فإذا عاوض معاوضة فيها تأخير تحقق تصور البيع والسلف، لكون ما يقدر سلفاً فقد ملك تعجيله فأخره. وإذا لم يحل الأجل لم يملك تعجيل السلم فيه، ولا يقدر أنه باعه وهو لا يملك قبضه ولا تعجيله. لكن إن تحقق أن الزيادة في مقدار الأذرع بغير[1] ثمن الثوب الذي تعاقدا عليه على غير نسبة زيادة الأذرع حسن ما قاله سحنون، وأن يلحق بالدين بالدين. وإن لم تغير هذه الزيادة ثمن الأذرع الذي تعاقدا عليها أوّلاً حسن ما قاله ابن القاسم، وكأن المعقود عليه أَوّلاً لم يتحول. وهكذا يحسّن ابن القاسم مثل هذا في الإجارة، مثل أن يستأجره على

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: تُغيّر.

أن ينسج له أذرعاً معلومة، فزاده شيئاً على أن يزيده غزلاً يزيد به أذرعاً، لأنهما صفقتان. وسحنون يوافقه في الإجارة، ويعتل بأنها معاقدة على شيء بعينه، بخلاف السلم المضمون. وسنتكلم نحن في كتاب الإجارة إن شاء الله تعالى على تحويل الإجارة المضمونة في الذمة من عمل صنف إلى عمل جنس خلافه أنه منع، ولو كان غير مضمون لاختلف فيه اختلافاً نبينه في موضعه إن شاء الله. هذا حكم تحويل السلم بزيادة في رأس المال.

وأما تحويله بانتقاص في رأس المال على معنى الإقالة مثل أن يسلم إليه في مائة ثوب مائة دينار فيقيله من خمسين ثوباً على أن يرد له خمسين ديناراً، فإن هذا لا يجوز إذا كان رأس المال مما لا يعرف بعينه، وغاب عليه قابضه لأنه يقدر أن ما ردّ من رأس المال إنما أبطنا قبضه على جهة السلف، وما لم يتقايلا فيه هو الذي أبطنا البيع فيه، فيكونان تعاقدا على بيع وسلف. وأجاز هذا أبو حنيفة والشافعي، وقدر أن الخمسين ديناراً والمعاقدة وقعت الإقالة عليها وعلى ما كان من المنفعة بها، فلم يمنعا/ ذلك. ونحن إذا قدرنا أن هذا كالمشترط في أصل العقد ظهر وجه/ . وأما لو كان رأس المال ها هنا مما يعرف بعينه وإن غيب عليه جازت الإقالة التي صورناها على الجملة، لارتفاع ما عللنا به من تقدير البيع والسلف، للعلم بأن رأس المال ثياباً أو رقيقاً أو حيواناً أو صوفاً، فأقال من بعضه، فإن ذلك جائز وقال فضل بن سلمة: قوله: «أو صوفاً»[1] هو يشير بهذا إلى أن الصوف لا يعرف بعينه بعد الغيبة عليه فهو كالدنانير. واعتذر بعض الأشياخ عن هذا بأنه يمكن أنه أراد الصوف المنسوج، والصوف المنسوج يعرف بعينه. وبالجملة فإن مثل هذا اللفظ يقع كأنه غير مقصود بيان الحكم فيه، وإنما هو كالتمثيل، فإذا وجد له تخريج لم يتعقب.

وأما لو كان تحويل المسلم فيه إنما وقع بزيادة في مقداره مع بقائه على صفاته من غير عوض يؤخذ عن ذلك، فإنه قد ذكر في المدونة جواز ذلك فيمن

(1) كلمة غير واضحة في (و). محذوفة في (م)، (ش) والكلام مفهوم بدونه.

أسلم في مائة إِرْدَبٍ قمحاً فلقيه المسلم إليه بعد ذلك فقال له من له السلم: زدني زدني في السلم، فزاده مائة قفيز أدنى يأخذها إذا حل الأجل، أن ذلك جائز. وذكر سحنون عنه أنه كان[1] يضطرب فيها فيجيزها تارة ويمنعها أخرى.

وقد أكثر الأشياخ الاعتذار عن هذه المسألة، لأجل أنه قد تقرر أن هبة المديان لا تجوز، لكونها قد تضارع ربا الجاهلية في قولهم: تقضي أو تربي. فإذا وهب من عليه السلم لمن له السلم هبة فقد يظن بهما أنهما تعاملا على ذلك ليؤخر الدين عن أجله، وقصد المديان ما وهب أن يؤخره من له عليه الدين بما له عليه لأجل ما كارمه به من هبة، وتأخير الدين عن عوض لا يجوز، كما قدمناه.

لكن اعتذر بعض الأشياخ عن هذا في هذه المسألة بأن قال: ذكر في المدونة أن السلم عقد على مائة قفيز، ثم زاده مائة أخرى وهذه الزيادة كثيرة تخرج عن حد ما توهب للتأخير، ولا يهب من عليه الدين مثل الدين الذي عليه ليؤخره به. هذا هو الظاهر في حكم العادة فإذا ظهر من كثرة هذه الهبة ما يدل على أنها لم تجعل عوض التأخير لم يكن للمنع وجه إذا ثبت أنها لم يقصد بها التأخير بالدين.

ومنهم من اعتذر عن هذا بأن من له الدين سأل في الزيادة لأجل أنه اطلع على أنه عين[2] فسمح له المديان بها لأجل سؤاله فيها، وما وقع عن سؤال من الموهوب لم يظن بالواهب أنه إنما وهبه له رجاء التأخير. وهذا الاعتذار يقتضي جواز هذه الهبة قليلة كانت أو كثيرة. والاعتذار الأول يقتضي التفرقة بين قليل الهبة وكثيرها.

ومنهم من يشير إلى أن الهبة لما علقت بحلول الأجل لم يمنع، لكون من عليه الدين لم يجب عليه قضاء ما عليه من دين، فلا يفتقر إلى معاوضة على

---

(1) كلمة مثبتة في (ش) ساقطة من (و)، (م).

(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: غُبِنَ.

التأخير لأجل استغنائه عن ذلك بكون من له[1] الدين لم يجب عليه طلب لوقوع هذه المكارمة قبل الأجل معلقاً قبضها بالأجل.

وهذا الاعتذار يقتضي جواز هذه الهبة إذا عجلت قبل الأجل، لكونها وقت تعجيلها لم يجب على دافعها طلب.

وقد ذكر في كتاب ابن المواز اختلافاً فيمن له سلم مائة قفيز محمولة فسأل من عليه أن يحولها سمراء يأخذها عند الأجل. واعتذر بعضهم عن هذا بأن المكارمة ها هنا إنما وقعت في تحسين صفة ما يقضى، والنبي عليه السلام قد ندب إلى ذلك وقال: بأن (خياركم أحسن قضاء)[2]، والقرض يباح أن يقضى على صفة هي خير مما قبض، ويمنع في المشهور أن يقضى على عدد أكثر مما قبض، لكون الزيادة في الصفة حُسْنَ قضاءٍ، بخلاف زيادة العدد.

ومنهم من يشير إلى ما ذكرناه من كون/ الهبة معلق قبضها بالأجل قبل استحقاق الطلب فلم يمنع.

ولو وقعت الإقالة على رد رأس المال كله أو ردّ بعضه مع بقاء السلم على حاله إلى أجله، فإن ذلك ممنوع أنه لا يتصور فيه ما قدمناه من أن المردود من رأس السلم إنما قبض على جهة السلف، وتعاقدا على أن عوض المنفعة بالسلف ما أبقياه في الذمة برسم السلم، فيصير ما دفعه على أنه برسم السلم عوض الانتفاع لما رده من جميع رأس المال أو من بعضه. ورأى عيسى بن دينار أن هذا إنما يمنع فيمن يتهم على القصد إليه، وأما إذا كان المتعاملان من أهل الصحة والبعد من التهمة فإنهما لا يمنعان من هذا، ولا يتهمان على إبقاء جميع السلم في الذمة، وجعل ما سمياه رأس مال السلم قصدا به السلف.

وإذا تقرر أن الإقالة من بعض رأس المال، الذي هو دنانير أو دراهم وما في معناهما لا يجوز، لما صورناه من التحيل على البيع والسلف، فإن رأس مال

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: عليه.

(2) فتح الباري: كتاب الوكالة. ج 5 ص 389.

السلم لما[1] نقد بعضه ولم ينقد بعضه فإن ابن المواز ذكر أن الإقالة تجوز في المنقود كله لا في بعضه ويجوز في كل ما[2] لم ينقد وفي بعضه. ويجوز فيما نقد وما لم ينقد وقد عارضه الشيخ أبو إسحاق في أحد هذه الأقسام الخمسة بأن قال: إذا أجاز الإقالة من جميع المنقود خاصة فإنه يتصور من التهمة فيها ما يتصور في الإقالة من بعض المنقود وهو قد منع منه، وقدر أن ما ارتجع من المنقود سلفاً[3] وما أمضاه منه بيعاً[3]، فكذلك تصور الإقالة من جميع المنقود، لأنه يقدر فيه أن المنقود إذا رد كله بالإقالة فيما قايله كان ما أمضاه من الصفقة مما لم ينقد بيعاً مستقراً لا يعاد فيه، فبَعُد أنه[4] قارنه السلف، وهو الانتفاع بالمردود الذي نقد.

وهذا الذي قاله صحيح على أصل المذهب في القول بحماية الذرائع والتهمة تتصور في رد المنقود كله كما تصورت في بعضه ولا يقدر أن المنقود كأنه عقد منقود[5] لأنا لو قدرنا ذلك لصح/ ما قاله ابن المواز، لأجل ما قدمناه من أن العقد الواجب إذا وقع المنقود فيه جازت الإقالة من كله لا بعضه، وهذا ها هنا المنقود هو بعض المعقود عليه، يجب أن يمنع الإقالة في المنقود كله لأنه بعض العقد كما منعت الإقالة في بعض المنقود.

ولو اعتذرنا عن هذا بأنه إذا أقال ها هنا من جميع المنقود لمن يمنع لأنه لا يسترجع المنقود بل يقاصّه به فيما لم ينقد، مثل أن يكون أسلم إليه مائة دينار في مائة ثوب فنقد خمسين ديناراً ثم أقال منها، فإنه إن طالب برد الخمسين ديناراً بحكم الإقالة طالبه من عليه السلم بإمساكها في الخمسين الدينار التي بقيت عليه ولم ينقدها، فتصير الإقالة كأنها وقعت فيما لم ينقد، والإقالة فيما لم

---

(1) في ش: لو.
(2) في و، م: من. والاصلاح من ش.
(3) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: سلفٌ؛ بيعٌ.
(4) في و، م: بعد أن. والاصلاح من ش.
(5) هكذا في جميع النسخ ولعل الصواب: منفرد.

ينقد جائزة في كله أو بعضه على ما قدمناه فإن هذا القدر يتصور في الإقالة من بعض المنقود، لأنه إذا طالبه بارتجاعه طالبه بأن يقاصه به فيما بقي له عليه ما[1] لم ينقد، فتوجه ما عارض الشيخ أبو إسحاق، ولم يصح العذر عنه بأنه يقدّر المنقود وغير المنقود كالصفقتين، لكون العقد عقداً واحداً يشتمل عن الجميع، ولم يصح العذر عنه أيضاً بتقدير المقاصة التي صورناها لكونها تتصور في كل المنقود وفي بعضه تصوراً متساوياً وهذا اضح.

ومن هذا الأسلوب ما ذكر في المدونة في سلم أسلمه رجل[2] إلى رجل فأقال أحد الرجلين المسلم من جميع مالَه عليه فإنه في المدونة أجاز هذا/ وأجرى عقدهما مجرى عقدين منقودين[3]، فيمنع أن يقيل أحدهما من بعض ماله ولا يمنع أن يقيله من كل ماله كما قدمناه في العقد الواحد المنقود[3] به رجل واحد. وأنكر هذا الجواب سحنون ومنع من هذه الإقالة لما كان الشريك من حقه أن يدخل على شريكه فيما اقتضاه من دين بينهما، وإذا وجب دخوله عليه فيما اقتضاه من دين بينهما لم تجز هذه الإقالة لأجل أنه يكون مقيلاً من بعض ماله لا من كله. وقد اختلف اعتذار الأشياخ عن هذه المسألة، فمنهم من يشير إلى أن هذا الجواب إنما يصح على ما أشار إليه غير ابن القاسم في المدونة من أن أحد الوليين إذا صالح عن نصيبه في دم عبد بعبد، أن شريكه في طلب هذا الدم لا حل عليه في العبد الذي أخذه. ويقتضي هذا أن لا يدخل شريك على شريك فيما اقتضاه من سائر الديون من إثبات المشاركة فيما اقتضاه أحد الشريكين [من دين بينه وبين شريكه)[4]، وأيضاً فإن الذي ألزم غير ابن القاسم أن يقول به في سائر الديون المشتركة لا يلزمه لأن هذا الدم ليس بمال، وإنما الحكم في قتل العمد القصاص أو ما تراضيا عليه من مال. فإذا كان المال لا

(1) هكذا في كل النسخ، ولعل الصواب: مما.
(2) هكذا في جميع النسخ ولعل الصواب أسلمه رجلان.
(3) هكذا في النسختين ولعل الصواب منفودين. المنفود.
(4) ما بين القوسين ساقط من (و)، (م).

يثبت في دم العمد إلا بتراضي ولي الدم والقاتل، فقد صار هذا العقد المأخوذ، وليس بمال مشترك بين وليّي الدم، ولا عوضاً عما لم يشترك. ولو قلنا بمذهب أشهب أن لولي الدم أن يجبر على الدية وله أن يقتل، لكان في هذا أيضاً نظر. ويمكن أن يقال بأنه لا يكون مالاً حتى يختار الطالب بالدية، فكيف جرت الحال فإن الدين المستقر في الذمة عن معاملة رجلين شريكين في المعاملة، بخلاف مال لا يستحقه أحد الشريكين إلا برضاه ورضا القاتل، أو يستحقه ولكن بعد أن يختاره على ما سواه مما خير فيه وهو القصاص. ولما لم يتضح هذا العذر قال بعض الأشياخ: إنما نفرض المسألة التي وقعت في المدونة على أن هذين الرجلين اللذين لهما السلم تقاسما الدين الذي على المسلم إليه، ورضي كل واحد أن ينفرد بنصيبه. فإذا تقاسماه وتراضيا على ذلك لم يكن لأحدهما دخول على الآخر فيما اقتضاه، كما ذكر في المدونة أنه إذا اعتذر لشريكه فلم يقبض معه أنه لا يدخل معه فيما اقتضاه. ورأى بعضهم أن هذا تعسف فعدل عنه، وقدر أن هذه الإقالة والشركة والتولية[1]، وما ذلك إلا لكون الإقالة في هذا السلم وطريقها المعروف لم يجر مجرى سائر الديون المشتركة، ولم يدخل الشريك الذي لم يقل على شريكه المقيل. وذكر الشيخ أبو محمد بن أبي زيد أن العذر في هذا أن الإقالة ها هنا إذا وجبت المشاركة فيها فسدت، فمنع من المشاركة فيها، فكأنها[2] يشير إلى أنه إذا كان دخول أحد الشريكين على شريكه في هذه الإقالة لأجل فقد ما يدخل عليه لفساد الإقالة وردها (فصار كفرع - يبطلان أصله وإذا كان الفرع يبطلان أصله كان هو الباطل دون أصله)[3]، فدخول الشريك على شريكه في هذه الإقالة فرع عن ثبوتها، وإثبات دخوله عليه يمنع من ثبوتها فقد صار الفرع كرّ ببطلان أصله فوجب أن يبطل هذا القدر الذي أشار إليه الشيخ أبو محمد بن أبي زيد. ولكن لم ينص على وجه الفساد، وقد

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل في الكلام نقصاً.
(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: فكأنه.
(3) هكذا في جميع النسخ.

نص عليه فضل بن سلمة لما قدمنا الإشارة إليه، وهو أن دخول الشريك الذي لم يقل على المقيل يصيّر المقيل مقيلاً على بعض ما أسلم فيه، وقد قدمنا أن الإقالة إنما تجوز على كل السلم لا على بعضه. وأشار الشيخ أبو عمران إلى طريق أخرى في فساد الإقالة: إنما تجوز على كل[1] ها هنا يقتضي خيار الشريك الذي/ لم يقل بين أن يمضي الإقالة أو يشارك فيها، والإقالة على خيار لا تجوز لما تضمنته من التأخير، والتأخير في الإقالة ممنوع، وكلا الوجهين إذا فسدت لهما الإقالة كان عذر فيما قدح به سحنون في جواز الإقالة. ونحا الشيخ أبو الحسن ابن القابسي إلى ناحية أخرى في الاعتذار، وسلكها بعده الشيخ أبو القاسم بن الكاتب، وهي أن الإقالة ها هنا كأنها سائغة لمن عليه السلم، فيصير/ من عليه السلم شريكاً لمن كان المقيل شريكه، فحل في ذلك محل بيع أحد الشريكين نصيبه من الدين من أجنبي لم يدخل عليه شريكه، لكون الذمة التي عوملت بالسلم إليها بقيت على حالها، بخلاف الاقتضاء فإن أحد الشريكين إذا اقتضى نصيبه فإنه قد أوهن ذمة الغريم المشتركة بينه وبين شريكه، وأخلاها مما أعطاه، فكان لشريكه في ذلك مقال مع كون الإقالة طريقها المعروف. ولا ينتقض هذا بصلح أحد الشريكين عن نصيبه من الدين، فإنه ذكر في المدونة أنه إذا صالح على نصيبه من الدين كان لشريكه أن يدخل عليه فيما صالح به لكون الصلح ها هنا يحل محل الاقتضاء، وكان القصد به الاقتضاء لا المبالغة. وهذه الطريقة قد لا يصح فيها وجه التفرقة بين صلح أحد الشريكين وبين إقالته، لأن الصلح يتصور أيضاً كون الشريك كبائع نصيبه من الدين من أجنبي.

(على أن ابن المواز ذهب إلى أن أحد الشريكين إذا باع نصيبه من الدين من أجنبي)[2] فإن لشريكه أن يدخل عليه ويشاركه في الثمن الذي باع به، مع كونه لم يخل ذمة غريمه ولا أوهنها، وإنما باع جزءاً منها ممن يحل محله. فهذه طرق شتّى في الاعتذار عما وقع في هذا السؤال.

---

(1) بياض بمقدار كلمة في جميع النسخ.

(2) ما بين القوسين ساقط من و، م.

وعندي أنه لو سلك فيه طريقة أخرى لكانت سالمة من القدح، وهو أن يقال: قد علم من المذهب الاختلاف في الإقالة، هل هي حل بيع أو ابتداء بيع؟ فإن قلنا: إنها حل بيع اتضح ما قاله ابن القاسم، لأن الشريك المقيل قد حل ما عقد على نفسه، وكأنه لم يكن شريكاً في هذا الدين قط. وإذا لم يشارك فيه لم يستحق الآخر الدخول عليه. وإن قلنا: إن الإقالة ابتداء بيع، اعتبرتَ أصلاً آخر وهو إلحاق دخول الشريك على شريكه فيما اقتضاه لكونه أوهن الذمة المشتركة بما أخذ منها، وإذا وجب دخوله عليه صار الشريك المقيل كأنه أقال من بعض نصيبه هي ما وقع عند الإقالة، وعند الإقالة ها هنا إنما وقع على نصيب الشريك كله لا على بعضه. لكن الأحكام علمته وأوجبت دخول شريكه، وهذا حكم توجه عليه بعد انعقاد إقالته على وجه صحيح في ظاهره مما يوجبه الأحكام، هل يقدر كأنه كالمشترط في العقد أو لا يقدر أنه كالمشترط؟. وهذا أصل اضطرب فيه المذهب، ألا ترى أنْ الوليّ الأبْعدَ إذا عقد، فإنه قد قيل: إن العقد يفسد لأجل ما أوجب الشرع من الخيار للولي الأقرب، فكأنه كالخيار المشترط في أصل العقد؛ وقيل: لا يفسد، إلى غير ذلك من المسائل المبنية على هذا الأصل. فهذه طريقة إذا سلكت بعد منها القدح.

وقد ذكر في آخر كتاب السلم الثاني مسألة من أسلم في ثوب بذراع رجل بعينه فأجاز ذلك إذا أراه الذراع، ويؤمر أن يأخذ قياسه بعصاة على أنه عدل، أو يأخذه كل واحد منهما عنده. ولو عقد السلم على ذراع مطلق لكان العقد جائزاً، ويقضى عليهما بالذراع الوسطى. هكذا ذكر أصبغ عن ابن القاسم. وقال أصبغ: هذا استحسان، والقياس الفسخ. ولو وقع العقد على ويبة وحفنة فإنه في المدونة قال: ذلك جائز إذا أراه الحفنة. فاشترط ها هنا رؤية الحفنة، ومقتضى ما حكيناه عن ابن القاسم يقضى بحفنة وسطٍ. وهنا عقد يقدح فيه بأنه/ اشتمل على مكيل وهو الويبة، وجزاف وهو الحفنة، وفي اشتمال العقد الواحد على مكيل وجزاف خلاف. لكن هذا الاختلاف في جزاف مرئي وها هنا إنما

استُخِفَّ هذا، وإن كان غير مرئي، لكون المسألة شرط فيها أن العقد وقع على ويبة وحفنة، ولو وقع على ويبات كثيرة وحفنات كثيرة لفسد العقد لكثرة الغرر فيه بكثرة الجزاف الغير مرئي.

وقد رأينا أن نؤخر الكلام على الإقالة من أحد ثوبين أسلما في طعام، والكلام على تلف ثوب قبل قبضه أسلم في طعام، ونشرع في كتاب السلم الثالث، ونبدأ بالكلام على بيع الطعام قبل قبضه، ثم نجمع أحكام الإقالة، ونتكلم فيها على هاتين المسألتين من إقالة وقع فيها تلف الثوب أو إقالة على أحد ثوبين.

كتاب السلم الثالث



فصــــل

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله:

الأعيان المبيعة ضربان: طعام وغير طعام. فغير الطعام[1] من سائر المبيعات[2] هي العروض والعبيد والحيوان والعقار وما ينقل ويحوّل أو لا ينقل ولا يحوّل، فبيعه جائز قبل قبضه[3]، على الجملة، ما لم يعرض فيه ما يمنع منه. وأما الطعام فلا يجوز فيما[4] يتعلق به حق توفية، من وزن أو كيل أو عدد، أن يباع قبل قبضه أو يعاوض عليه، إلا أن يكون على غير وجه المعاوضة، كالهبة والصدقة، أو على وجه المعروف، كالقرض والبدل، فيجوز. ثم لا يجوز لمن صار إليه ذلك أن يعاوض به[5] قبل قبضه. وتجوز فيه الإقالة والشركة والتولية قبل قبضه. وما بيع منه جزافاً أو مُصْبَرا فبيعه جائز قبل نقله أو أخذه[6] البائع بينه وبينه.

قال الفقيه الإمام رضي الله عنه: يتعلق بهذا الفصل ثلاثة فصول:

أحدها: القول في بيع الطعام قبل قبضه.

والثاني: القول في صفة الملك للطعام الممنوع من بيعه قبل قبضه.

---

(1) في المغربية: فغير الطعام والشراب.
(2) في المغربية: من.
(3) في المغربية والغاني: في.
(4) في المغربية والغاني: فغلق.
(5) في المغربية والغاني: عليه.
(6) في المغربية والغاني: إذا خلّى.

والثالث: القول في الشركة والإقالة والتولية فيه.

فأما الفصل الأول فيتعلق به أربعة أسئلة/ منها أن يقال:

1) ما الذي يمنع بيعه قبل قبضه؟

2) وما سبب الاختلاف فيه؟

3) وإلى أي شيء خص الطعام بالمنع؟

4) وهل هذا المنع في سائر أنواع الأطعمة أم لا؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

الذي يمنع بيعه قبل قبضه فذكر عن عثمان البتّي أنه أجاز بيع كل شيء قبل قبضه. وذكر أبو الفرج من أصحابنا، يشير إلى التردد في هذا المذهب، فقال: يمنع من بيع الطعام قبل قبضه لأجل العينة، وهكذا كل شيء من السلعَ إذا قصد بها العينة منعت لها بمنع الطعام. لكن العينة إن ارتفعت منع الطعام خاصة لأجل الحديث، وجاز ما سواه من السلع. فجعل الطعام ممنوعاً للمعنى وهو العينة تارة، وتارة أخرى للخبر. ثم قال: ووجه آخر أن استعمال العينة إنما يكثر في مبايعة الأطعمة. ويقول، والله أعلم: لو سلم البيع فيه من العينة لجاز إذا بيع بنقد. وهذا القول منه يشير إلى قريب من قول عثمان البتي.

والقاضي أبو محمد عبد الوهاب يعلل بيع الطعام قبل قبضه بالعينة ولم يجعله شرعاً غير معلل. ومن ذهب من الناس إلى عكس هذا المذهب، فمنع من بيع كل شيء قبل قبضه، طعاماً كان أو غيره، مما ينقل ويحول كالعروض، أو مما لا ينقل كالعقار/ إلى هذا ذهب ابن عباس رضي الله عنه. وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن من أصحاب أبي حنيفة. ومن الناس من قصر المنع على كل مكيل وموزون طعاماً كان أو غيره. ذهب إلى هذا عثمان بن عفان رضي الله عنه وابن المسيب والحسن البصري وربيعة ويحيى بن سعيد وبه قال ابن حنبل.

وذهب مالك رضي الله عنه إلى قصر المنع على الطعام خاصة دون ما

سواه من سائر الأجناس. وذهب أبو حنيفة إلى المنع في كل جنس كما قاله الشافعي لكنه انفرد فاستثنى منه ما لا ينقل ولا يحول. فهذه خمسة مذاهب.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

اختلفت الأحاديث الواردة في هذا الباب، فروي في الحديث الصحيح أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً (قبل النعمة)[1] حتى يستوفيه» وروى عمرو بن العاص أن النبي ﷺ: «نهى عن ربح ما لم يضمن»[2] وروي عن حكيم بن حزام أنه قال للنبي ﷺ: «بيّن لي ما يحل ويحرم» فقال: «إذا ابتعت بيعاً فلا تبعه حتى تستوفيه»[3] وذكر ابن عمر رضي الله عنه أنه قال: «ابتعت زيتاً فلقيني رجل بالسوق فأعطاني فيه ربحاً حسناً فمشيت وأنا آخذ بيده فإذا رجل أخذ بذراعي من وراء فالتفت فإذا زيد بن ثابت رضي الله عنه قال لي: فإن النبي ﷺ نهى عن بيع السلع، حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»[4].

فأما عثمان البتي فإنه يترك النظر في هذا، ويتعلق بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[5]. وبقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[6] فعم كل بيع، وكذلك عمّ كل تجارة عن تراض.

وأما من سواه، فإن مالكاً رضي الله عنه يتعلق بقوله: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه» دليل الخطاب أن ما عدا الطعام يباع قبل أن يقبض.

وأما ابن حنبل ومن ذكرنا معه فإنه يقيس على الطعام كل مكيل أو موزون لمشاركته الطعام في الكيل أو الوزن، ويرى أن تخصيص الطعام هنا بالذكر تنبيه

---

(1) نص الحديث: فلا يبعْه. المعلم: ج 2: 165.
(2) ابن ماجة: ج 2 ص 737 ـ أحمد: ح 2: 175.
(3) نصب الراية: ج 4: 32.
(4) نصب الراية: ج 4: 32.
(5) سورة البقرة، الآية 275.
(6) سورة النساء، الآية 22.

على كل مكيل وموزون، ولم يرد به قصر الحكم على الطعام خاصة، ونفيه عما سواه، كما لم يرد بذكر الربا في البر والشعير وما ذكر معهما قصر الربا على ما سمي من هذه الأصناف، بل ذكرها لينبه على ما شاركها في علة الربا. وكذلك ها هنا إنما ذكر الطعام لينبه به على ما شاركه في كيل أو وزن، وقد وقع في بعض طرق الحديث «من ابتاع طعاماً مكيلاً» فتقييده بالكيل تنبيه على أنه عليه الحكم.

وأما الشافعي ومن تعلق معه فإنه يتعلق بعموم نهيه عليه السلام عن ربح ما لم يضمن بعد[1] سائر أجناس المبيعات.

وكذلك يتعلق أبو حنيفة بعموم هذا الحديث، ولكنه خص العقار وما لا ينقل بوجه من النظر سنذكره إذا خضنا في طريق النظر إن شاء الله تعالى.

وأما اختلاف هذه الظواهر فإن مالكاً رضي الله عنه يتأول النهي عن ربح ما لم يضمن على أن المراد به بيع ما ليس عندك فيجعل هذا الحديث مطابقاً للآخر. وكذلك ذكر ابن المواز.

ومن ساوم إنساناً في سلعة وذهب بها فباعها بأكثر مما ساومه أن ذلك لا يجوز إذا لم يعلم صاحبها بذلك وهو من ربح ما لم يضمن.

وكذلك لو اشترى سلعة بالخيار فباعها بربح قبل أن يختار، فإن الربح لربها لأنه يتحرك في سلك ما لم يضمن/ . هذا اعتذار أهل المذهب عما تعلق به الشافعي.

وأما اعتذار أصحاب الشافعي عما تعلق به أهل المذهب من النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفى، فإنهم لا يسلم أكثرهم (دون هذا الخطاب دليل)[2] لكونه إنما علق الحكم فيه باسم، ودليل الخطاب، عند تبنيه، إنما يتضح في

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: من.

(2) هكذا في جميع النسخ. وهو غير واضح.

تعليقه بالأوصاف والشروط والعدد، وأما تعليقه بالاسم فإن أكثر مثبتيه ينكرونه، لكن الدقّاق من أصحاب الشافعي قال به. وأضيف أيضاً هذا المذهب إلى مالك رضي الله عنه. فإن قلنا بإنكاره إذا علّق بالاسماء لم يكن اعتذار عنه، وإن الأسماء إذا علقت بها الأحكام كان ما عدا الأسماء بخلافها ها هنا[1] ويصل الخطاب مع عموم قول الراوي «نهى عن ربح ما لم يضمن» فينظر في الذي تقدم منهما. هذا إن سلم/ أن القصد به ها هنا نفي الحكم عما عداه. وإن لم يسلم ذلك، وقيل: إن الدليل إنما يستعمل إذا لم يكن الخطاب خرج مخرج التنبيه قدم تنبيه الخطاب ومفهومه على دليله، ألا ترى قوله سبحانه ﴿ولا تقل لهما أفٌ﴾[2] دليل هذا الخطاب يقتضي أن يقال لهما ما فيه سبّ لهما أولى وأحرى. وموضع التنبيه في هذا الخطاب أن الطعام تمس الحاجة إليه، وإلى المبادرة لنفعه، وابتياعه للقوت به، وحفظ الحياة بأكله، ما لم تمس الحاجة إلى المبادرة إلى شرائه منه وبيعه له، كان نهيه عن بيع ما سواه من السلع قبل أن يقبضها أولى وأحق.

هذا طريق الكلام على اختلاف ظواهر هذه الأحاديث. وأما الكلام عليها من جهة الاعتبار فإن أصحابنا يقولون: لما جاز التصرف في الأثمان قبل قبضها جاز ذلك في المثمونات. وإذا جاز بيع ما لم يقبض مما وهب أو تصدق به أو ورث فكذلك يجوز بيع ما اشتُري قبل أن يقبض، (فكذلك يجوز التصرف فيه بالبيع)[3].

وأما أصحاب الشافعي فإنهم يجيبون عن هذا بأن المذهب عندهم على قولين في بيع ما في الذمة من ثمن سلعة باعوها. فإن قيل بالمنع فلا تعلق به، وإن قيل بالجواز فالفرق أن الأثمان في الذمم ملكها قد استقر ولا يحسن بطلان الملك، فلهذا جاز البيع قبل القبض. وأيضاً فإن المالكية تمنع بيع الطعام قبل قبضه (إذا كان دنانير أو دراهم أو ما يجوز بيعه قبل قبضه. وأما العين فإن منهم

---

(1) كلمة غير واضحة.

(2) سورة الإسراء: الآية 23.

(3) ما بين القوسين، مساوٍ في المعنى للجملة التي تقدمت قريباً.

منع منه قبل القبض. والمشهور عندهم جوازه لكون العين له حرمة)[1] ألا ترى أن الشريك يقوّم عليه بنصيب[2] شريكه إذا أعتقه، ولا يقوم عليه نصيبه إذا لم يعتق بل باعه. وأيضاً فإن بإعتاق العبد سقط الملك عنه وسقط الضمان فلم يكن للمنع وجه.

وأما الهبة والصدقة و الميراث فإنما جاز البيع في ذلك قبل القبض لأن ذلك في ضمان الوارث بنفس الوراثة، وكذلك في ضمان الموهوب له بنفس الهبة. ويتعلقون من جهة الاعتبار في صحة ما[3] لأنه إذا باع ما لم يقبضه فقد باع ما لا يقدر على تسليمه حين العقد. وأيضاً فإن الملك في المشتري الذي لم يقبض منك ناقص لكونه معرضاً للبطلان فهو غرر، والغرر في عقود البياعات نهى الشرع عنه؛ ولأنه[4]. هذا بالاستحسان فإنه يجوز، وإذا وقع الاستحقاق بطل البيع وسقط الملك، ثم مع هذا لا يمنع تجويز الاستحقاق من صحة البيع بإجماع، لأن هذا وإن كان فيه غرر فهو غرر لا قدرة على دفعه على حال إلا بمنع البيع/ أصلاً، وهذا فيه ضرر بالناس فعفي عنه. وأما[5] الصاع السلع قبل قبضها فإنه غرر ويقدر على رفعه بأن ينهى المشتري عن البيع حتى يقبض السلعة؛ ولا يكون في عقده تعرض للبطلان على حال. وهذا الذي قالوه إنما نظر الجواب عندي بأن يقال: اختلف المذهب هل ينتقل الضمان إلى المشتري في غير ما فيه حق توفية بنفس العقد أَوْ لا ينتقل حتى يذهب زمان يمكن فيه التسليم؟ فإن قلنا: إن الضمان ينتقل للمشتري من نفس العقد لم يصح لهم ما تعلقوا به من كون البائع غرضه البطلان بجواز هذه السلعة المبيعة. وإن قلنا: إنه لا يضمنه المشتري إلا بالقبض أو التمكين، وأن طرُوَّ الهلاك في ضياع السلع

---

(1) ما بين القوسين في جميع النسخ، فيه نقص واضطراب.
(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب إسقاط حرف الجرّ.
(3) كلمة غير واضحة في جميع النسخ.
(4) كلمة غير واضحة في جميع النسخ.
(5) كلمة غير واضحة بجميع النسخ.

نادر، والنوادر لا يلتفت إليها، ولا يكون تجويزها من العذر المانع لعقد البيع. وهذه النكتة التي أشرنا إليها توضّح ذلك.

وجه تفرقة ابن حنبل وغيره بين المكيلات والموزونات وبين غيرها من المكيلات والموزونات قد اتفق أن ضمانها لم ينتقل للمشتري قبل الكيل والوزن فحسن دخولها في النهي عن ربح ما لم يضمن ولا يحسن دخول ما سواها من المبيعات لكونها يضمنها المشتري بالعقد على أحد القولين عندنا. ولأجل هذه النكتة التي نبهنا عليها ذهب أبو حنيفة إلى[1] ما لا ينقل ولا يحول كالعقار يجوز بيعه قبل قبضه، بخلاف غيره من السلع، لأن العقار لا يمكن ضياعه وعدم عينه، فيبطل العقد بعدم العين، وإنما يجوز عيبه، والعيب لا يبطل الملك ولا يلحق العين بالعدم. فأنت ترى أبا حنيفة إنما فرق أيضاً بين العقار وغيره اعتباراً بهذه النكتة التي نبهنا عليها، وجعل ابن حنبل ومن ذكرنا معه إنما فرقوا بين المكيل والموزون لأجلها. ولكن هذه النكتة عليها يدور أكثر الخلاف.

قال بعض أصحاب الشافعي: القبض على ثلاثة أنواع: قبض ينقل الملك وذلك في الهبات. وقبض يصحح العقد وذلك في الرهان. وقبض يصحح الملك ويحققه وذلك في المبيعات. والقبض يتنوع بتنوع المبيعات بحسب مقتضى العادات فيها، فالمكيل والموزون يعتبر فيه الكيل والوزن، واعتبار قدر المناولة في انتقال الضمان كالمكيال للزيت إذا انصرف عند[2] أحدهما قبل إمكان مناولته وتفريغه، فإن فيه في المذهب اختلافاً عندنا: هل ضمانه من البائع أو من المشتري؟ فلو تصور عقد البيع في هذه النكتة، التي اختلف فيها في الضمان، يجري جواز البيع على القولين في جواز بيع الطعام الجزاف قبل أن ينتقل إلى ضمان المشتري، على ما سنبينه إن شاء الله تعالى.

وأمّا ما سوى الطعام فإنه يجوز بيعه قبل قبضه فلا فائدة في تنوع القبض

---

(1) هكذا في جميع النسخ. ولعل الصّواب إضافة: أَنَّ.

(2) هكذا في جميع النسخ ولعل الصواب حذف عند.

عندنا. وأصحاب الشافعي ينوعونه فيرون أن الحيوان الناطق إذا بيع فقبضه أن يستدعَى فينتقل من مكانه إلى المشتري الذي استدعاه. والحيوان البهيم أن يقاد من مكانه، إلى غير ذلك مما تعتبر فيه العادة في قبضه. وأبو حنيفة يرى أن التخلية والتمكين من/ المبيع قبض. ويحتج أصحاب الشافعي بالحديث الذي قدمناه، وهو قوله «نهى عن بيع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم» ويقول ابن عمر: كانوا يضربون على عهد النبي ﷺ أن يبيعوا الطعام الذي اشتروه جزافاً قبل أن ينقلوه[1]. وهذا الظاهر يمنع من الاقتصار في القبض على التخلية والتمكين، وإن كان ظاهر الحديث يقتضي/ أن لا يكتفي بتحويل المبيع عن مكانه حتى يصل إلى منزل المشتري، فإن اعتبار وصوله إلى منزله وما قبله من النقل عن المكان خاصة يُمنع لظاهر الحديث.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

اختلف أهل المذهب في منع بيع الطعام قبل قبضه: هل الحديث الوارد في ذلك شرع غير معلل أو معلل بكون العِينة يستعمل فيه؟. ومذهب القاضي أبي الفرج والقاضي أبي محمد عبد الوهاب أنه معلل بالعِينة. وقد ذكرنا كلام أبي الفرج وتردده في ذلك، وإشارته إلى أنه يحرم تارة لأجل العينة وتارة للخبر، ثم مال إلى اعتبار العينة وتعليل الحديث بها، ورأى أنها إذا ارتفعت ارتفع حكمها، ولكنه شرط في هذا أن يكون البيع بالنقد. وقد أشار ابن مزين إلى اعتبار النقد أيضاً في هذا. وكنا قدمنا نحن عن بعض أصحاب الشافعي أنه أشار إلى أنه إنما أشار بالذكر لكونه تمس الحاجة إليه لحفظ الحياة بأكله، فإذا منع بيعه قبل قبضه مع هذه الحاجة إليه فأحرى أن يمنع ما سواه. ويمكن عندي على أصلنا إنما خص بالذكر لشرفه كما يخص بتحريم الربا على رواية ابن وهب، لأنه لا يمنع بيع ما لا ربا فيه من الطعام قبل قبضه.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال: ما يمنع التفاضل فيه من الأطعمة

---

(1) إكمال الإكمال: ج 4: 193.

المبيعة على كيل أو وزن أو عدد فلا خلاف عندنا، وعند فقهاء الأمصار، في المنع منه على ما مضى بيانه. وأمّا ما لا ربا فيه من الأطعمة فالمشهور عندنا من المذهب المنع من بيعه قبل قبضه أيضاً. وروى **ابن وهب** عن **مالك** جواز بيعه قبل قبضه.

فأما المذهب المشهور فحجته قوله عليه السلام «**من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه**»[1] **تعم سائر الأطعمة**.

وأما رواية **ابن وهب** فقد أشرنا إلى وجهها، وكأنه رأى الطعام لما خصّ بالعبات[2] منه ويدخر فتحريم الربا فيه لشرفه وكونه حافظاً للحياة، وكذلك يخص بالمنع من بيعه قبل قبضه. وهذا المسلك بعيد، على مقتضى حقائق الأصول، لأنه يختص[3] للعموم بهذا الضرب من الاستدلال المأخوذ منه، فكأنه تعليل للخبر (لما يقتضي عمومَه)[4] فصار كالفرع إذا عاد ببطلان أصله.

فإذا قلنا بالمذهب المشهور من تعميم المنع من[5] سائر الأطعمة فإن الزرارع منها ما لا يجري مجرى ما ينبت منها، إذا لم تكن مأكولة في نفسها في غالب الأمر، فلهذا أبحنا زريعة الفجل الأبيض وزريعة الكراث والقثاء والبطيخ وشبه ذلك. فهو، وإن كان ينبت منه الطعام المأكول، فليس هو الآن بالطعام الذي اعتيد أكله، لكن لو كان زريعة الفجل الأحمر لمنع من بيعها قبل قبضها لكونها يعتصر منها الزيت، ولهذا تُراد، وأعطيت حكم الزيت لما كانت لا تراد إلا له.

وكذلك قيل في حب العصفر أنه يمنع قبل قبضه لأجل أنه إنما يراد منه الزيت الذي يعصر منه.

والخردل أُلْحق بالطعام لأنه يؤكل في نفسه فلحق بالأطعمة. بخلاف

---

(1) الهداية ج 7 ص 229.
(2) هكذا، ولعل الصواب: بما يُقتاب.
(3) هكذا، ولعل الصواب: تخصيص.
(4) هكذا، ولعل الصواب: لما يقتضي تخصيص عمومه.
(5) هكذا، ولعل الصواب: في.

زريعة الحرْف وهي زريعة الرشاد لكونه لا يؤكل في نفسه ولا يراد للزيت.

وقال **ابن سحنون**: اتفق العلماء على أن الزعفران ليس بطعام وأنه يباع قبل قبضه.

وأما الماء فخرج فيه بعض أصحابنا اختلافاً في بيعه قبل قبضه سنبينه في كلامنا على الربا فيه وفي غيره إن شاء الله.

وأما الأبزارُ المطيبة للأطعمة كالفلفل والكروي وشبه ذلك/ فإن المشهور من المذهب المنع من بيعها قبل قبضها. وذكر **ابن شعبان** في مختصره جواز بيعها قبل قبضها.

والكمون الأسود وهو الشونيز، المشهور عندنا أنه يمنع من بيعه قبل قبضه. وقيل إن الكمونيْن جميعاً، الأبيض والأسود، لا يمنع من بيعهما قبل قبضهما.

وأما الشَّمَار، وهو زريعة البسباس، والأنيسون وهي الحبة الحلو[1] فإن في بيعهما قبل قبضهما اختلافاً أيضاً في كونهما وكون الكمونين أصنافاً شتّى أو صنفاً واحداً اختلافاً أيضاً نبينه في أحكام الربا إن شاء الله.

واختلف في الحلبة فقيل: إنها طعام، وقيل: ليست بطعام؛ وقيل: اليابس منها ليس بطعام. هذا دليل جنس الطعام الذي يمنع بيعه قبل قبضه.

وأما بيان الصفة التي يباع عليها، فإنا قدمنا أنه إذا بيع على الكيل أو الوزن أو العدد فإنه لا يختلف في المنع من بيعه قبل قبضه. وأما إذا بيع جزافاً، ولكن الضمان لم ينتقل إلى المشتري فإن المذهب في بيعه قبل قبضه على قولين: الجواز والمنع، كمشتري لبن غنم بعينها شهراً، فإنه اختلف فيها **ابن القاسم وأشهب** في جواز بيعه لهذا اللبن قبل قبضه. وكذلك يختلف في هذا في بيع صبرة للطعام قبل أن تقبض، إذا كانت محبوسة بالثمن، على أحد القولين في

(1) هكذا.

كون المحبوس بالثمن ضمانه من بائعه لا من مشتريه. وأما إذا قيل: إن ضمان المحبوس بالثمن من مشتريه، فإن هذا لا يختلف فيه بناء على هذا الأصل. وكذلك اختلف فيمن اشترى جزءاً من ثمرة فأراد أن يبيع ذلك الجزء قبل قبضه، وكذلك اختلف فيمن باع ثمر نخلة أو صبرة طعام واستثنى منها ما يجوز له استثناؤه من المكيلة، وهو الثلث فأقل منه، وأراد أن يبيع هذا المكيل الذي استثناه قبل قبضه فإن فيه روايتين: الجواز والمنع؛ ولكن هذا مبني على/ أصل آخر وهو الخلاف في المستثنى هل هو مبقى على الملك فيجوز لمستثنيه أن يبيعه قبل قبضه كسائر ما يريد أن يبيعه من أملاكه، أو يقدِّر أن المستثنى مشترى فيكون البائع لما استثنى هذه المكيلة فكأنه باع الصبرة بدنانير وهذه المكيلة التي استثناها، فيكون مشترياً لها، ومن اشترى طعاماً على الكيل منع من بيعه قبل قبضه. وأما لو مكن بائع الصبرة مشتريها منها ولم يحلها بالثمن فإن **مالكاً** أجاز شراءها قبل أن تنقل. وروي عنه أنه استحب ألا تباع حتى تُنقل. وبالمنع من بيعها قبل قبضها قال **أبو حنيفة والشافعي** لما روي عن **ابن عمر في الصحيح** أنه قال: كانوا يُضْربون على عهد النبي ﷺ في الطعام إذا اشتروه جزافاً، لا يبيعونه حتى ينقلوه إلى رحالهم[1]. وروى **مالك في الموطأ** هذا الحديث ولم يقل فيه: «جزافاً» بل أورده مطلقاً[2].

وأما الفصل الثاني فهو الكلام في الإقالة على الطعام والشركة والتولية وبأن الترتيب ينبغي أن يتكلم على الفصل الثاني وهو صفة الملك للطعام الممنوع من بيعه قبل قبضه، اتباعاً لرتبة الكتاب الذي شرحناه، وأيضاً فإن الكلام في صفة الملك قبل الكلام فيما استثنى من الممنوع فيه، ولأنا قدمنا في كتاب السلم الأول العذر في ذلك، وهو أنّ الأصحاب رغبوا في توخي ترتيب المدونة في كتاب السلم، فجرينا على ذلك فيها، ولكن دعت الضرورة إلى أن نقدم الكلام على منع بيع الطعام/ قبل قبضه، ثم نعطف عليه الكلام في الرخصة

(1) فتح الباري: ج 5 ص 254.

(2) الموطأ: ج 2 ص 168 حديث 1865.

فيه كفرع منه. واعلم أنه يتعلق بهذا الفصل أحد عشر سؤالاً، منها أن يقال:

1 ـ ما الإقالة.

2 ـ وهل يسوغ تبديل لفظها.

3 ـ وما حكم تأخير الحكم فيها؟

4 ـ وهل تقدير التأخير فيها يغير حكم الضمان فيها؟

5 ـ وما حكم تغير رأس المال فيها حِسًّا؟

6 ـ وما حكم تغيره تقديراً؟

7 ـ وهل يمنع استغلال رأس المال من الإقالة أم لا؟

8 ـ وهل يغيّر حكم الإقالة إذا صار المقال فيه لجماعة بعد أن كان لواحد؟

9 ـ وما حكم إقالة واحد من جماعة يحمل بعضهم عن بعض؟

10 ـ وما حكم الإقالة في العروض على أمثالها؟

11 ـ وما حكم التأخير الاختياري في الإقالة؟

والجواب عن السؤال الأول أن يقال:

أما الإقالة فإنه اختلف في اشتقاقها. فقيل: إنها مأخوذة من الشبه. ومنه قولهم: فلان يقيل مجد أبيه، بمعنى أشبهه في المجد، ومنه القَيْل في حِمْيَر وهو شبه المَلِكِ فيهم. ومبدأ الإقالة في البيع لأنها معاقدة ثانية في البيع لشبه المعاقدة الأولى، أو حل بيع وحله يشبه عقدَه لكون الثمن والمثمون في الإقالة (وقد يبدل فيما يبدل في المبيع)[1]. ورأيت في بعض شروحات **أبي الفتح بن جني** أنه حكى أن من الناس من ذهب إلى أنها مشتقة من القول؛ وكأن القول الأول الذي وقع فيه التبايع أعيد مرة أخرى، فحله بانعقاده على صفة أخرى. وذكر أن شيخنا أبا علي الفارسي أنكر هذا الاشتقاق الثاني، وقال بأن أبا زيد حكى أنه يقال: قلت الرجل، وأقلته، وأنا أقيله فيهما، ولو كانت الإقالة في البيع مشتقة من إعادة القول لكان المستقبل منه: أقوله. ثم أخذ ابن جني يعتذر عن هذا بما يتعلق من أحكام التصريف بما ليس هذا موضعه.

---

(1) هكذا، والكلام غير واضح.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

ذكر في **المدونة** فيمن قال: ولّني الطعام الذي لك عليّ: ذلك جائز. وليس بتولية، وإنما هو إقالة، وإنما جاز تبديلها ها هنا بلفظ التولية لكون التولية رخصة معها، ومنعها بلفظ البيع لكون الحديث ورد بالمنع من بيع الطعام قبل قبضه، مع أن موضوع البيع المكايسة، والإقالة موضوعها المعروف. ولا ينتقض هذا بقوله في **الكتاب**: إذا قال له: خذ مثل رأس المال من الدنانير فاشتر به طعاماً. أن ذلك جائز لأنهما لو شاءا التقايل[1]. لأنه لم يرد بهذا بيان العبارة الجائزة عنها وإنما أراد[2] الفعل لا تهمة فيه.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

أما الإقالة فإنها إذا وقع تأخير التقابض فيها بشرطٍ فإنها باطلة. ومن حكمها التناجز، لأن الشرع ورد بمنع فسخ الدين في الدين، وهي إذا وقع تأخير التقابض فيها خرجت إلى معنى الدين بالدين، والشرع استثناها في الطعام رخصة، لما كان طريقها الإحسان والمعروف. فإذا دخلها التأخير انصرفت الأغراض إلى المكايسة والمناجزة في التأخير، فمنعت.

لكن لو وقع التأخير حكماً مغلوبيْن عليه، فإنه قد ذكر في **المدونة**، في إقالة المريض: إذا أقال المريض من طعام أسلم فيه مائة درهم، وهو يساوي مائتين، ولا مال له غيره، فإن ورثته إن أجازوا إقالته مضت، وإن ردوها قطعوا للمسلم إليه بثلث ما عليه من الطعام، وأخذوا ثلثيه؛ وإن حمل الثلث جميع الطعام تمت وصيته. ولو كانت الإقالة/ لا محاباة فيها لمضت على الورثة.

فاعلم أن المريض غير ممنوع من البيع والشراء بالقيمة، لأن الورثة إنما يملكون الحجر عليه في مقدار ما في يديه سوى الثلث الذي جعل له صرفه

---

(1) جواب (لو) غير مذكور، ولعله: لفعلاه.

(2) هكذا، ولعل الصواب: وإنما أراد «أنّ» الفعل.

عنهم، (كانت مناجزة، وطلب له الذي يرجو أن يفيق من مرضه فيتوفر لورثته)[1]. فإذا حابى في معاملته فقد صار ما جاء[2] به كهبة لمن عامله، وهبته مقصورة على ثلث ماله وصى بها أن تنفذ بعد موته، أو مثلها[3] في مرضه. وإنما بيعه بالقيمة، فإن بتّله في مرضه نفِّذ لأجل ما قلناه، ولكونه طالباً نماء ماله لنفسه أو لورثته. وإن وصى به أن يفعل بعد موته، فإن قال: بيعوا داري من فلان، فإن جميعها يجعل في الثلث، لأنه إذا مات ملك الورثة عين ماله، فليس له أن يلزمهم بيع عين ما ملكوه بغير اختيارهم. لكن إذا حمل جميعَه الثلثُ مضى ذلك عليهم، لكونهم لا حقّ لهم في ثلث ماله. وإذا تعذر هذا فإن الأشياخ اختلفوا في هذه المسألة المذكورة/ . في **المدونة**، هل ذلك من الميت على معنى الوصية، أو على معنى التبتيل للإقالة في المرض؟ وقد أخبرناك بحكم الوجهين. وأما الشيخ **أبو الحسن القابسي** رحمه الله، فإنه تأول مسألة **الكتاب** على أنها وصية من الميت، ويتعلق بقوله في **الكتاب**: إذا حمل جميعَه الثلث جاز ذلك وتمت وصيته. فسماها وصية واعتبر كون الثلث يحمل جميعها، وهذا إنما يعتبر في الوصايا في المرض لا في التبتيل فيه، كما قدمناه. وقال غيره من المتأخرين: بل المسألة محمولة على أنها إقالة بتّلها في مرضه. وتعلق بقوله في **الكتاب**: ولو كانت الإقالة لا محاباة فيها لنفذت. وقد قدمنا أن الوصية لا بد أن يعتبر كونها يحملها الثلث، كانت لا محاباة فيها أو فيها محاباة. وإنما لا يعتبر الثلث فيما لا محاباة فيه إذا قوّل[4] في المرض هذه المعاملة. وينفصل صاحب هذا المذهب عما يتعلق به للتأويل الأول أن تسميته إياه وصية تجوّز في العبارة، لأنها موقوفة على الاعتبار بعد موت الميت فاستحقت لأجل هذا تسميتها وصية. وهذا اعتبار سهل المرام، ولكن الوجه الآخر وهو اعتبار

---

(1) كلام مضطرب غير واضح في النسختين.

(2) هكذا، ولعل الصواب: حابى.

(3) هكذا ولعل الصواب: بتّلها.

(4) هكذا في النسختين ولعل بتَّلَ.

كون جميعها يحمله الثلث وهو صعب المرام، فافتقر فيه إلى عذر من طريقة أخرى. وذلك أنه تقرر فيما تقدم أن الإقالة على بعض رأس المال لا تجوز للتهمة على بيع وسلف. وأن الإقالة على رد رأس المال كله ودفع بعض السلم، وكله لا يجوز لكونه سلفاً جر منفعة. وكذلك (سنبين أن لغير رأس المال يمنع من الإقالة في الطعام على الجملة. قالوا: فلو اعتبرها هنا في هذه الإقالة المسألة في المرض القيمة من غير محاباة فأنفدت الإقالة فيه)[1]، وأعطى ما يستحقه من رأس المال من ما يحمله من الثلث، لكان قد رجع إليه رأس ماله، وأعطى زيادة عليه ما حمل الثلث من المحاباة التي حابى المريض بها؛ وهذا سلف جر نفعاً، مع كونه قد تغير رأس المال، فوجب المنع لكونه بيعاً للطعام قبل قبضه. (فلا حمل أن أمضى هذه الإقالة على الأصل الذي قدمناه يؤدي إلى فسادها ونقضها، والمريض قصد إمضائها ونفوذها وجب أن بعدت عن الأصل إلى ما يجوز)[2]. هذا اختلاف الأشياخ في مسألة **الكتاب** والمراد بها. وأما اختلافهم في الاعتذار عما وقع بها من إجازة الإقالة فإن الشيخ/ **أبا بكر بن اللباد** قال: **إن المسألة إنما تصح على أن المريض مات بفور الإقالة فصار التأخير ضرورة**. وقال **أحمد بن نصر**: **إن** قبض رأس المال بفور الإقالة صح **ما** قال **ابن القاسم**، وإن تأخر قبضه لرأس المال إلى أن مات صح ما قاله **سحنون** من فور[3] هذه الإقالة التي ذكرها في **الكتاب** فاسدة لما وقع فيها من تأخير. وطعن الشيخ **أبو القاسم ابن الكاتب** في هذه الطريقة من الاعتذار، **بأن** سحنوناً يرى فساد هذه الإقالة، سواء قبض رأس المال أو لم يقبض، وبأن ظاهر **المدونة ابن القاسم** أجازها وإن لم يقبض رأس المال، لقوله في **الكتاب**: إن شاء الورثة أجازوا الإقالة وأخذوا رأس المال. فدل هذا القول على أن المريض لم يكن أخذه. واعتذر الشيخ **أبو محمد بن أبي زيد بأن** هذا التأخير لم يُقصد، وإنما

---

(1) هكذا.

(2) هكذا.

(3) هكذا، ولعل الصواب: كون.

أوجبته الأحكام، لا يتهمان على القصد إليه.

وهذا النوع من الاعتذار كنا سلكناه نحن في المسألة المتقدمة، وهي إقالة أحد الشريكين في سلَم من جميع نصيبه، وذكرنا تعقب **سحنون** أيضاً لهذا، لأجل أن الحكم يقتضي مشاركة شريكه فيما قبض من الإقالة، وأشرنا هناك إلى أن ما توجبه الأحكام اضطرب المذهب فيه: هل هو كالمشترط لأنهما لما عملا ما توجبه الأحكام فكأنهما عليه دخلا، وما دخلا عليه كأنّهما اشترطاه؟ أو لا يقدر الحكم ها هنا كالشرط لكونهما مغلوبين عليه كما قيل في الإقالة إذا هرب أحدهما أنها لا تفسد لكون الآخر مغلوباً على التأخير؟ ولهذا بسط هذا الوجه بعض أشياخي فقال: إن كانا جاهلين بالحكم معتقدين أن التأخير يصح والفعل[1] للورثة فيه، فإن الإقالة ماضية لأنهما عقداها على وجه جائز، ثم غلبا على التأخير. وكذلك لو كانا عالمين بالحكم، ولكنهما قصدا الافتيات على الورثة وغَلَبَتَهم على حقهم في ذلك، فإن الإقالة تمضي أحوالهما[2] لم يتعاقدا على تأخير.

ولو كانت الوصية لورثته لأن يقبلوه بعد موته، لصحت. ولو وقعت منه إيجاباً على نفسه في المرض لا رجوع له عنه وهو يعلم أنها تؤخر فإنها تفسد. ولو كان وقع ذلك منه في المرض على أنه بالخيار ما بينه وبين الموت لكان ذلك جارياً على القولين في عقد النكاح على خيار أحدهما أو عقد الصرف على خيار أيضاً، لكن لم يختلف في إمضاء بيع المريض وإن كان بمحاباة، مع كون المحاباة إنما تعتبر في ثلثه بعد موته ولا يدري متى يموت، ولا ما يحصل من المحاباة، فصار الثمن مجهولاً لأجَلِه ومقداره. ولكنهم لم يختلفوا في هذه المسألة لكون هذه جهالة أوجبت الأخذ. وهذا يؤكد صحة العذر الذي أشرنا إليه في مسألة **الكتاب**.

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: والفضل.

(2) هكذا.

هذا حكم الإقالة إذا وقعت من المسلم في الطعام وهو مريض.

ولو وقعت من المسلم إليه وهو مريض، فأقال من هذا الطعام الذي رأس المال فيه مائة درهم، وهو يساوي خمسين درهماً، لكان أيضاً من حق الورثة فيه ما ذكرناه من حقهم في الإقالة الواقعة ممن له السلم لأجل المحاباة؛ لكن الأشهر من قول أصحابنا ها هنا أن يدفع الطعام كلّه إلى من له السلم، وينظر فيما فضل عن ما اشترى به هذا الطعام من الدراهم التي وقعت الإقالة عليها، فيعطى الثلث من هذه الدراهم الفاضلة بمنزلة السلم، وكان ما وصفه له بدراهم يعطاها بعد قضاء؛ ولا يتصور/ ها هنا بيع الطعام قبل قبضه لأن جميعه/ وصل إلى من له السلم ولم يبع منه شيئاً. وقال الشيخ **أبو سعيد بن أخي هشام**: بل يشترى له بالثلث الباقي من الدراهم طعاماً، ولا يرد إليه درهماً، لئلا يكون رجع إليه بعض رأس ماله وهي الدراهم التي وصى له بها، فيكون هذا المنع لما تضمنه من سلف جر منفعة، على حسب، ما يكون[1] بيانه فيما تقدم.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

ذكر في **المدونة** أنه إذا أسلم إليه ثوباً في طعام فأقاله على الثوب، وضاع الثوب قبل أن يعود إلى ربه، فإن الإقالة تبطل. وهذا لأنه لم يقدر أن الضمان انتقل إلى دافع الثوب أوّلاً. وقد ينازع بعض الأشياخ في تأويل هذه المسألة، فمنهم من أقرها على حكم الضمان وغيرها من عقود البياعات، ورأى أن الذي ذكره في **الكتاب** محمول على أن الثوب لم يعد[2] بينته بضياعه، فإنه لا ينقل الضمان عمّن هو في يده، على ما سيرد بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى. وقد تقدمت الإشارة إليه فيما سلف.

ومنهم من رأى أن هذا الاختلاف كما اختلف فيمن احتبس بالثمن، لأن تأخير التقابض فيما احتبس بالثمن لا يفسد العقد والمعاملة التي تعاقدا عليه،

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: تَمَّ.

(2) كلمة غير واضحة ولعلها: لم يُقم.

والتأخير ها هنا لقبض الثوب يفسد الإقالة ويبطلها، ويعود الثوب باقياً على ملك من هو في يديه، فيكون ضمانه منه إذا عاد باقياً على ملكه، من غير اختلاف في هذا. وقدر من سلك هذه الطريقة أن صحة الإقالة، لما كان التأخير فيها لا يجوز، موقوفة على التناجز والتقابض، كمنع الذهب بالوزن، فإن صحة عقده موقوفة على صحة قبضه، بخلاف غيره من العقود التي يحل فيها التأخير. فإذا كانت الإقالة موقوفة على[1] صحة عقدها على التناجز فيها، فهلك الثوب قبل التناجز، صار بأنه[2] هلك قبل عقد هذه المعاملة فيه التي هي الإقالة. وهكذا لو صرف دراهم بدنانير فوزن الصيرفي الدنانير، وأخذ في وزن الدراهم فضاع الدينار، فإن العقد ها هنا صحة[3]. ولكن بعض الأشياخ قال: إن ضمان الدينار من الصيرفي. ورأى أنه لما وزنه صار كالمقبوض، والمقبوض مضمون ولو كان العقد فاسداً، فكيف به إذا كان صحيحاً. وهذا يتعلق بالقول في انتقال الضمان بمجرد العقد، من غير اعتبار قدر المناولة، أوْ لاَ يتعلق الضمان إلا بعد مضي زمن المناولة بعد العقد. وسنبسط القول في هذه المسألة في كتاب الصرف إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

أما الإقالة على عين رأس المال ولم يقع فيه يعتبر[4] على حال قد صح جوازها. وأما إن ذهب عين رأس المال، وأقال على مثله، والسلم في طعام، فإنه إن كان رأس المال عوضاً مما يقضى به في القيمة في الاستهلاك، فإنه لا تجوز الإقالة على حال، لأنه إيقال[5] على قيمته، وقيمته جنس آخر خلاف عينه، وهذا ليس بإقالة وإنما هو بيع مستأنف. وإن أقال على مثله، فالأغراض

(1) هكذا، والأولى في.
(2) هكذا، ولعل الصواب: كأنه.
(3) هكذا.
(4) هكذا، ولعل الصواب: تغيير.
(5) هكذا، ولعل الصواب: إقالة.

تختلف فيه لا على قيمته ولا على مثله، لما قدمناه من خروجها عن كونها إقالة إلى كونها مبايعة، وبيع الطعام قبل قبضه لا يجوز.

وأما إن كان رأس المال مما يكال أو يوزن، وهو لا يراد لعينه، ولا يعرف إذا غيب عليه، كالدنانير والدراهم، فإن الإقالة جائزة، لكون مثل الدنانير كأنه هو عين الدنانير التي كانت رأس المال. وأما أن كان ليس بدنانير ولا دراهم، كالحديد والرَّصاص والقطن والكتان، وغير/ ذلك من المكيلات والموزونات مما ينخرط في سلك هذا، فإن المذهب على قولين: اختلف في جواز الإقالة على هذا **ابن القاسم وأشهب**، فمنعه **ابن القاسم** وأجازه **أشهب** إذا كان المثل عنده حاضراً. فمن أجاز رأى أن المثل يسد مسد المثل، كالدينار الذي يسد مسد دينار آخر من سكتة. ومن منع رأى أن الأغراض ربما اختلفت في أعيانها، فوجب الخلاف فيها بالعروض التي تمنع الإقالة على أمثالها (هذا حكم يعتبر المعين عوضها)[1].

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

أما (نفس)[2] رأس المال تقديراً فإنه يكون على ضروب، أحدها: من أسلم ثوبين في قفيزين طعام، فأقاله من أحد الثوبين، وهما متكافئان، على إسقاط أحد القفيزين عنه، فإن **ابن القاسم** أجاز ذلك. وأشار **سحنون** إلى منعه والمناقضة فيه بقوله في **المدونة**: إذا اشترى ثوبين متكافئين فإنه لا يبيع أحدهما مرابحة بنصف رأس المال حتى يبين، لِجواز أن يكون غلط في التقويم، واعتقد أنهما متكافئان وليسا بذلك، إذا أقال من أحدهما فإنه قد يعلمان تقديره، فإن الذي ينوبه نصف الطعام، وإنما ينوبه في الحقيقة أقل أو أكثر، فيمنع من الإحالة لئلا يكون قد أحال على أكثر من رأس المال أو أقل، منع إذا كانت محسوسة، فكذلك إذا كانت مقدرة. وقد وقع في **كتاب محمد**، فيمن أسلم في أصناف من الثمر، فإنه يجوز أن يقيل من أحدها لما ينوبه. وكذلك وقع فيمن أسلم في قمح

(1) هكذا في النسختين.

(2) كلمة ساقطة في ش.

أو شعير وعدس، فإنه يجوز له أن يقيل من أحد هذه الأصناف. وهذا أيضاً يجب أن يمنع على طريقة **سحنون**، لأنه قد يغلط في التقويم الذي يتوصل به إلى معرفة ما ينوب هذا الصنف المقال فيه. وقد اعتذر الشيخ **أبو إسحاق** عن مسألة الإقالة من أحد الثوبين، فإنه لا يقدر أنه إنما ينوب القفيز المقال منه، ونصفه الآخر معاوضة عن نصف الثوب الذي لم يقل منه، وهو الذي يقابل هذا القفيز المقال منه، فإن هذا إنما يكون التقدير فيه أن الثوب المقال منه يقابله نصف كل واحد من القفيزين، فإذا أقاله عن قفيز واحد فكأنه إنما أقاله عن نصف القفيزين، وجميعهما، في النظر، في الإقالة، فلا يمنع هذا، كما إذا كان له عليه نصف دينار، أو[1] باعه بيعاً بنصف/ دينار آخر، أنه يقضى عليه بدينار كامل، لكون الحكم يوجب جميع النصفين.

وهذا الذي قاله فيه نظر لأنه ليس له أن يقول بأن التقدير ما ذكره أولى بأن يقول الآخر العكس ما بدأنا به أولى من أن الثوب المقال منه نصفه يقابل القفيز المقال منه ونصفه عوض عن نصف الثوب الآخر. وهكذا قدر الشيخ **أبو القاسم ابن القاسم**[2] **وذلك أنه عارض مسألة المدونة** إذا أسلم إليه ثياباً في قمح وأقاله على نصف الثياب أن ذلك جائز. فقال: إن أقاله على أن تكون الثياب شركة بينهما نصفين، فالشركة في الثياب عيب، والعيب في الثوب يمنع من الإقالة عليه إذا كان رأس المال الطعام، وإن قدر أنهما يقتسمان الثياب نصفين فيتميز نصيب كل واحد من نصيب صاحبه، فإن الثياب المقسومة لا يقدر أن ما استبد به كل واحد منهما هو الذي يقابل به نصف الطعام المقال منه، بل إنما يقابله نصف الثياب التي استبد بها/ ونصفها الآخر أخذها عوضاً عن نصف الثياب التي صارت لصاحبه، وهو النصف الذي يقابل ما أقال فيه من الطعام. وأشار إلى أنه إذا جاز أن يقيل (على مثل هذا النصف لزم أن يقيل)[3] على ثوب مثل الثوب الذي هو رأس المال.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: و.

(2) هكذا ولعل الصواب ابن الكاتب.

(3) ساقط من الوطنية.

وكذلك عارض بعض الأشياخ من أسلم ثوباً واحداً في طعام فأقال من نصف، بأن قال هذه شركة، وهي تعيب الثوب، والعيب ها هنا يمنع من الإقالة.

والذي عندي أنّا إذا قلنا: إن القسمة لتمييز حق؛ لم يتوجه ما عارض به الشيخ **أبو القاسم ابن الكاتب**، لأنه (إنما)[1] وقعت القسمة (أن)[1] الثياب التي استبدّ بها كل واحد هي التي يقابل ما وقعت الإقالة عليه، (وما لم يقل فيه)[2] وإن قلنا: إنها بيع من البيوع يوجه ما عارض به، ولا يلزم ما ألزمه في جواز الإقالة على مثل الثوب لكون الإقالة على مثل الثوب لا يخاف[3] أنها ليست إقالة على عين[4] رأس المال.

وأمّا ما وقع في القسمة فإن فيه من الخلاف ما ذكرناه في القسمة هل هي تمييز حق أو مبايعة، وإنما يتوجه المعاوضة على أحد القولين.

وأما المعاوضة فإن الشركة في الثوب عيب، فإنه قد يقال في العذر عن هذا: إن هذا العيب لم يستبن الإقالة[5] بل إنما حدث بحدوث الإقالة، وقد تعلق بالإقالة حل البيع وحدوث العيب.

وقد اضطرب المذهب في مثل هذا، إذا كان الأمر يتعلق به حكمان متدافعان، ما الذي يقدر السابق منهما، كقوله: إن لقيك فأنت حر. فإن قدرنا ها هنا أن الإقالة حل البيع، كالسابق لحدوث عيب الشركة، لم يكن في الإقالة قدح، لأنه إنما يمنع إذا حدث العيب قبلها، وها هنا قد تقرر أنه كالحادث بعدها، فلا يقدح في صحتها.

(1) هكذا، ولعل الصواب: إذا. . . . . فإن .

(2) هكذا، والصواب حذفها.

(3) في (ش): لا يخالف.

(4) في (ش) : غير.

(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بالإقالة.

ومن هذا الأسلوب الإقالة من الطعام على رأس المال وقد يُعتبر عيبه كعيب أثر في دابة، كغرر في العقد أو خرق في الثوب، فإن هذا يمنع الإقالة. وإن كان ما يتغير[1] في القدر المبيع منه سالماً فإنه في حكم المتغير لانتقاص ثمنه لأجل العيب. وأما التغير الذي لا يرجع إلى عين رأس المال، فإنه إن كان تغيّراً في سوق السلعة التي هي رأس المال، فإنه لا يمنع الإقالة تغير السوق بنقص أو زيادة. وأما إن كان تغيراً مختصاً برأس المال وإن لم يؤثر في عينه، كعبد أسلم في طعام فأذن له من عليه السلّم في التجارة، فاستدان، ثم تقايلا وعلى العبد دين، فإن ذلك يمنع من الإقالة، وإن كان هذا التغيّر لا تأثير له في البدن لكنه يختص به دون ما سواه من العبيد، بخلاف تغير السوق الذي يعم جميع ذلك النوع. لكن لو كان الدين تافهاً يسيراً لا مقدار له، كالدرهم ونحوه، فإنه كالعدم لا يمنع الإقالة. وإن كان خارجاً عن هذا المقدار منع الإقالة وإن لم يوصف بأنه كبير. بخلاف من اشترى عبداً، فأذن له في التجارة فاستدان العبد ربها، فإن هذا الدين وإن نقص ثمنَ العبد لا يمنع المشتريَ الرد بالعيب، ولا يوجب عليه قيمة هذا النقص، لأن العيوب اليسيرة الحادثة عند المشتري غير مطلوب بعوضها إذا رد بالعيب، لكون العيب من جهة البائع، فكأنه كالعافي له عن هذا المقدار اليسير الحادث عنده. لكن هذا الدين الذي استدانه العبد لو سقط عنه قبل الإقالة لم يمنع الإقالة لكون رأس المال عاد على ما كان عليه فصار ما حدث في خلال عقد السلم والإقالة منه[2] بالعدم.

ولو كان حدث بهذا العبد عيب أثر في بدنه/ ثم ذهب، فإن المتأخرين مختلفون في هذا: هل تجوز الإقالة؟ لأنه يقدر لما ذهب كأنه لم يحدث، أو يمنع من ذلك لأنه قد تأثر جسمه تأثير المنع من الإقالة حينئذ فلا يزول هذا المنع بزوال المانع. بخلاف لو كان هذا العيب بياضاً في العين حدث بالعبد ثم

---

(1) في (ش): يستوي.

(2) هكذا، ولعل الصواب: كالعدم.

ذهب، فإنه لا تمنع الإقالة لأن البياض (قد يعذر كالسائر بقيت العين على ما كانت عليه أوّلاً ولم يتخلل ذلك بعد حدث في ذاتها)[1].

والذي سلمه صاحب هذا المذهب من كون سقوط الدين وذهاب بياض العين لا يمنع الإقالة لا يتحقق بينه وبين العيوب المؤثرة في البدن فرق واضح. وقد ذكر في الرواية أن العبد إذا أسلم، وفي عينه بياض، فذهب عند المشتري، أن ذهابه كالنّماء المانع من الإقالة.

ولو كان العبد استدان ديناً بغير إذن سيده لكان سقوط هذا الدين لا يبيح الإقالة، لكون هذا الافتيات على سيده عيباً فيه ينقص ثمنه لأجله.

وكذلك لو أنفق ما استدان في فساد فإنه أيضاً لا يبيح الإقالة سقوط الدين لأنه يخاف منه أن يقتضيه العوائد في الانفاق في الفساد.

ولو كان التغير في البدن مما تتلون فيه الحال كالسمن/ والهزال، فإنه يمنع من الإقالة هذا التغير إذا كان رأس مال الطعام من الحيوان البهيم، لأن هذا معتبر فيه. ولو كان في الحيوان الإنسان، فإن الظاهر من المذهب أنه لا يمنع من الإقالة، لكون السمن والهزال لا يزيد عند التجار في الرقيق تأثيراً مثل ما يؤثر في الحيوان البهيمي.

قال **يحيى بن عمر**: هذا التفسير في الإماء يمنع أيضاً من الإقالة.

وذكر **ابن حبيب** أن الهزال البيّن والسمن البيّن فوت في المبيع المعيب من الجواري بالهزال البيّن أو السمن.

وكذلك اختلف القول في **المدونة** في مضي الشهر والشهرين والثلاثة على الحيوان الذي هو رأس مال الطعام: هل يمنع ذلك من الإقالة وإن لم يتغير الحيوان في بدنه، فلم ير المنع منه في كتاب السلم، ولم ير المنع منه في كتاب البيوع الفاسدة. وهذا كله العقد فيه ينحصر إلى الالتفات إلى مقتضى العوائد

---

(1) هكذا في النسختين.

فيه، فما علم أنه يؤثر في الأثمان بزيادة أو نقصان منع منه، وما لم يؤثر لا يمنع منه، ومضي هذا المقدار من الأشهر لا يحسن القول بأنه يمنع من الإقالة إلا أن يقدر أنه لا يمكن في العادة أن يمضي هذا المقدار من الزمن ولا يتغير البدن، فكأنه لم يسلم قول السائل: إنه لم يتغير في هذا الزمن.

وأما التغير في الجواري بالولادة فإنه يمنع من الإقالة إذا حدث الولد عند من عليه السلم، لأنه إن أقال ورد الولد صار زيادة على رأس المال، وإن أمسكه كان نقصاً من رأس المال، والنقص والزيادة من رأس المال يمنعان من الإقالة، مع كونه إذا أمسك الولد وقع في التفرقة بينه وبين أمه، ولكن هذا المنع من جهة أخرى غير ما نحن فيه. ولو مات الولد قبل الإقالة، وقد حدث عند المشتري من تزويج أو من زنا، فإن ذلك يمنع من الإقالة، لكون ما أحدث من عليه السلم في الجارية من تزويج، أو ما أحدثت من زنا يعيبها عنها[1] لا يرجع إلى الولد الذي مات، فوجب المنع. لكن لو كان حين عقد السلم ذاتُ زوج فولدت عند الذي عليه السلم، ومات ولدها، وحالت من نفسها، فإن هذا لا يمنع من الإقالة لكون التزويج كان عند من باعها، ثم رجعت إليه بالإقالة، وكون الولد قد ذهب فلا يقال بنفيه أوْ ردّه. ولو كانت حاملاً/ حين عقد السلم فولدت ومات الولد، لنظر في ذلك من جهة أخرى: هل الحمل عيب، فيكون الحمل قد ذهب بالولادة الولد فيه، فيجري الأمر على ما قدمناه من ذهاب العيب فهل الإقالة أوْلا يكون عيباً؟ وسيرد بيان هذا في أحكام العيوب إن شاء الله تعالى لا رب غيره.

ومما ينخرط في هذا الأسلوب أن من قبض بعض الطعام المسلم فيه فإنه لا يجوز أن يقيل مما لم يقبض، لِما يتضمن ذلك من بيع، وهو المقبوض، وسلف، وهو ما قابل من الثمن الطعام المقال فيه. ولو أقاله مما قبض وما لم يقبض، والمقبوض له قدر وبال، فإن ذلك يجوز لكون المقبوض أكثر ثمناً مما لم يقبض، فيقدر رأس المال تقديراً ولو كان لا قدر له كعشر أرادب من المائة.

(1) هكذا ولعلها عيباً.

فإن مالكاً استخفه وابن المنكدر كرهه.

والجواب عن السؤال السابع:

أما إذا كان رأس المال في الطعام داراً، فسكنت، وأكريت أو فرغ عقد الكراء، أو غنماً فحلبت، أو عبداً فاستخدم. فإن هذا النوع من الانتفاع لا يمنع من الإقالة، إذا كانت الأعيان المقيلة باقية على حالها لم تتغير. وأما إن كان الاغتلال في الغنم من ناحية صوفها، فإنه إن اشتراها وعليها صوف فجزّها، وأقال منها على ردها دون صوفها، فإن ذلك لا يجوز، لكونه إقالة على أقل من رأس المال، كمن أسلم سلعتين وطعاماً، فإنه لا يجوز له أن يسلم بله[1] على أحدهما. وإن أمسك الصوف، وأقال عليها مجردة منه[2] فما ينوبها من الطعام، فإن هذا يجري على ما قدمناه من الإقالة على ما ينوب المقال بالتقويم. وإن أقال على ردها وردّ صوفها معها فإن ذلك جائز. وينبغي عندي أن يعتبر (هل يتخذ إجارة فيكون كالإقالة حتى استوحده)[3] فإن هذا أمر طويل، والغالب أنها تتغير فيه وتغيرها يمنع من الإقالة.

وأما إن كان رأس المال شجراً لا ثمر فيها حين عقد السلم، فأثمر وجدّ الثمرة، فإن الإقالة لا تمنع، لكون رأس المال لم يتغير عنه. وأما إن لم يجدّ الثمرة فالإقالة تمنع لأجل أن الثمرة وقت الإقالة، إن كانت لم تؤبّر ورد الشجرة بعد[4] الثمرة التي لم تؤبر، فقد رد رأس المال، وهو الشجرة المجدودة، وزاد عليها ما بها من ثمر لم يؤبر، وإن استثناه واشترط بقاءه إلى زمن الجداد، فإنه استثناء لا يجوز، لأنا نمنع من باع شجراً فيها ثمر لم يؤبر من استثنائه على ما سيرد بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى. وإن كانت قد أبرت، وأقال على رد الشجر بثمرها، فكذلك أيضاً هو زيادة على رأس المال يمنع من جواز الإقالة.

---

(1) هكذا في جميع النسخ.

(2) هكذا، ولعل الصواب: بما.

(3) كلام غير واضح في النسختين.

(4) هكذا ولعل الصواب مع.

وإن استثناها من عليه السلم واشترط بقاءها إلى الجداد، فإن ذلك أيضاً يمنع، لكون رأس المال الذي هو الشجر لم يسلّمه إلى من أسلم إليه، بل يتأخر قبضه له إلى جداد الثمرة، وتأخير رأس المال والإقالة ممنوع.

وإن وقعت الإقالة مطلقة فها هنا تنازع الأشياخ: فبعض أشياخي يرى جواز الإقالة لكون سلم الشجر المقيل عليها يطالب بجدّ ما بها من ثمر حتى يتمكن من تسليم رأس المال إلى ربه من غير تأخير، لكون التأخير يفسد الإقالة، والتعاقد إنما يحمل على ما يجوز في الشرع، وأيضاً فإن لفظ الإقالة يشعر برد رأس المال على ما كان عليه، ولا يمكن رده على ما كان عليه إلا بجد الثمرة في الحال.

ومن تقدم هؤلاء من الأشياخ يرى فساد الإقالة لكون بائع شجر فيها ثمر مؤبر/ من حقه أن يبقي الثمر إلى الجداد، وإن لم يشترط ذلك، وإذا كان من حقه هذا/ ، في البيع وإن لم يشترطه، كان ذلك من حقه في الإقالة، وإذا كان ذلك من حقه في الإقالة فقد دخل على إقالة فيها تأخير رد رأس المال.

وينفصل من حكيت عنه من أشياخي عن جواز هذا بأن الأصل فيه أنه لا يمكن بائع الشجر من بقاء الثمر المؤبر فيه، لأنه إذا أزال الشجر من ملكه لم يملك أن يحمل له ثمرته، كمن باع مخزناً له فيه قمح، فإنه ليس من حقه أن يتمادى على الخزن فيه، لكن جرت العادة في التبايع بإبقاء الثمرة إلى الجداد وإن لم يشترط ذلك أيضاً، ولم يجدْ هذه العادة في الإقالة فأبقيت على الأصل الذي قررناه، مع كون لفظة الإقالة تقتضي رد الشجرة فارغة كما أخذها.

هذا حكم الشجر إذا أسلمت ولا ثمر فيها فأثمرت عند قابضها ثم تقايلا فيها.

وأمّا إن كانت حين السلم، فيها ثمر، فإنه لا يجوز إسلامها في طعام، كان ثمرها مؤبراً أو غير مؤبر. وإن كان على حال لا يصلح إلا لعلف، فإنه ينتقل إلى ما يكون قوتاً للإنسان وطعاماً له، فيكون حينئذ قد أسلف طعاماً في طعام، ولم يقدر ما بالشجر من ثمر ملغىً لا حصة له من الثمر. وذهب ابن

مسلمة إلى أنه إنما يقدر أنه مُلغى ما لم تَزْهُ الثمرة لكونه قبل الزهُوّ لا يحل بيعه، وإذا لم يحل بيعه على التبقية، (وهو إذا بيع على الجداد لم يكن له ثمر له مقدار يوجب أن يلقى[1]، فإذا أزهى لم يكن بيعاً لجواز بيعه حينئذ على الإطلاق فيكون ثمنه له مقدار). وذهب **سحنون** إلى أنه ملغى ولو أزهى، كحلية السيف، ومال العبد، فإن حلية السيف بفضة هي بيع للنصل لا يحرم ذلك بذهب إلى أجل، لكون الذهب الذي هو ثمن مؤجل أنه[2] ربا عوضاً عن النصل، دون ما فيه من فضة. وكذلك مال العبد إذا كان دنانير، واشترى العبد، واستثنى ماله، بدنانير مؤجلة، فإن ذلك يجوز لكون مال العبد لا حصة له من الثمن الذي اشتري به العبد، لا سيما على مذهبنا أن العبد مالك ماله لم يعاوَض على المال، وإنما عاوض عن عبد ذي مال. فإن قلنا بمذهب **ابن مسلمة** وأسلم الشجر وفيها ثمر مؤبر، فانتقل إلى الزهو، أو قلنا بمذهب **سحنون** فأسلم شجراً فيها ثمر قد أزهى فانتقل إلى اليبس، فإن الإقالة لا تجوز، لأنه إن أبقى الثمر لنفسه وأقال على الشجر مجردة، فإنه قد استمسك ببعض رأس المال الذي أسلم إليه، وهي الثمرة التي كانت مأبورة أو مزهية، والاستمساك ببعض رأس المال يمنع من الإقالة. وإن أقال على الشجر وسلم ما فيها من ثمر، فقد سلم الثمر وهي على حالة أفضل مما أخذها عليه، ونمت في يديه، وصارت الإقالة على أكثر من رأس المال، وقد تقدم أن الزيادة على رأس المال أو النقص منه يمنع من الإقالة. وإن وقعت الإقالة على الشجر بما ينوبها من طعام السلم، فإنا قدمنا الاضطراب في الإقالة في الطعام على بعض رأس المال، لما ينوبه في التقويم. فإن قلنا يجوز ذلك فإنه يعرض ها هنا معنى آخر يمنع الإقالة، وهو أن الثمرة إذا أمسكها لما ينوبها من الطعام الذي أسلم إليه فيه أتُّهِما على أن يكونا تعاقدا على ذلك، والتعاقد على بيع ثمرة مؤبرة بشرط التبقية إلى الجداد بطعام مؤجل يمنع، لكونه بيعاً للثمر قبل زهوه، وعلى بيع **سحنون** يمنع لكونها/ إذا أزهت كانت

(1) هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب يلغى.
(2) كلمة غير واضحة في جميع النسخ.

طعاماً من غير خلاف، فيتّهمان على أن يكونا تعاقدا على إسلام طعام في طعام إلى أجل وهذا ممنوع. ولما قدرنا امتناع الإقالة لتغير رأس المال وذكرناها. هذا عن أصل **سحنون** (علة الامتناع لعلة أخرى غير تغير رأس المال)[1] لكون إسلام طعام في طعام إلى أجل يتصور ها هنا من جهة التهمة وحماية الذريعة، فكذلك أيضاً لو اشترى طعاماً غائباً ثم أقال منه فإنه يمنع لكون ثمن الطعام عليه ديناً، فدفع عنه طعاماً غائباً، ودفع سلعة غائبة عن دين في الذمة لا يجوز، لأنه يقدر فيه فسخ دين في دين، على ما وقع في المذهب من الاضطراب.

وهذا الأصل للاشكال الذي عرض فيه وذلك أنه لا إشكال في أنه إذا فسخ ديناً في الذمة في دين آخر يتأخر قبضه، فإن ذلك ممنوع، وإن أخذ عنه سلعة بعينها قبضها في الحال فإن ذلك يجوز، إذا لم يمنع مانع، وقد قدمنا الموانع في المعاوضة عن الديون. وإن أخذ سلعة بعينها غائبة فإنها تشبه فسخ الدين في الدين، لما في قبضها من تأخير، وشبه السلعة المقبوضة في الحال لما فيها من تعيين الخلاف، لكنها تخالف السلعة المقبوضة بالتأخير، وتخالف فسخ الدين في الدين لما في قبضها من تأخير، وتخالف فسخ الدين في الدين بالتعيين. فوقع الاضطراب فيها، ولأجل هذا منع في المشهور من المذهب الإقالة من سلعة غائبة. وإن كانت عرضاً لا طعاماً لم يتصور فيها من تقدير فسخ دين في دين، وكأنه دفع العرض الغائب الذي اشتراه عما وجب عليه من ثمنه، وإن كان **أشهب** أجاز الإقالة من العروض الغائبة، ووافقه **يحيى**، وقال بأن الذمتين ها هنا تبرأ[2] بهذه الإقالة من هذه المعاملة ولا ينعقد، بخلاف فسخ دين في دين الذي لم تبرأ منه الذمة بل انعقد الدين فيها. ورأى بعض أشياخي أن هذا التعليل يقتضي جواز الإقالة في الطعام الغائب، لكون الإقالة فيه تحل به المعاملة، وتبرأ به الذمم، فكأن الدين الذي هو ثمن الطعام الغائب لم يقدر حصوله في الذمة لكون المعاملة عليه قد انحلت، لا سيما على القول: إن الإقالة حلّ للبيع لا ابتداء بيع.

---

(1) هكذا في جميع النسخ.

(2) هكذا في كل النسخ، ولعل الصواب: تبرآن.

ومما ينخرط في سلك الإقالة، وقد تغير رأس المال: من أسلم في طعام فقبض بعضه لما حلّ أجله ثم أقال فيما بقي، فإن ذلك لا يجوز، لأنه يقدر أن المقبوض انعقد به (البيع) والمقال فيه الذي لم يقبض قد ردّ رأس ماله فقدر سلفاً، فصارت هذه الإقالة/ كبيع وسلف. ولو أقال من الجميع، ما قبض وما لم يقبض، وكان المقبوض كثيراً، فإنه يمنع، لأنه لما قبض صارت الإقالة مانعة لما اكتاله وقبضه، وانتقل ضمانه إليه، ولكنه لم يفعل هذه المبايعة إلا بشرط أن يقال في المال، والإقالة بشرط بيع سلعة أخرى تمنع. بخلاف لو أقاله من جميع السلم، ولم يقبض منه شيئاً، فإنّ ذلك جائز، لكونه لا يتصور فيه ما قررناه من تغير رأس المال في الإقالة. لكن لو كان المقبوض يسيراً كعشرة أرادب من مائة إردبّ، فإن **مالكاً** استخفه ليسارة المقبوض، وبُعد التهمة فيه لنزارته، وكرهه **ابن القاسم** لما يتصور فيه من إقالة بشرط سابق والله المستعان.

والجواب عن السؤال/ الثامن أن يقال:

إذا أسلم رجلان إلى رجل فولّى أحدهما نصيبه إلى رجل، فورثه عن ذلك الرجل جماعة؛ أو ولاه لِجماعة، فإن كل واحد من هذه الجماعة يجوز له أن يقيل من جميع نصيبه الذي صار إليه بالتولية وبالميراث، ولا يجوز له أن يقيل من بعضه. وقدر في هذه الرواية أن أحد الورثة إذا ورث نصيباً من ذلك السلم فإنه يحل في نفسه محل من كان له أصل السلم. وقد قدمنا أن من كان له أصل السلم يجوز له أن يقيل من جميع السلم لا من بعضه، وكذلك الوارث يحل محل الموروث منه فتباح له الإقالة من جميع نصيبه لا من بعضه. وقد عرضنا المنع من إقالته لبعض نصيبه بأن من كان له السلم في الأصل وتولى عقده، إنما منع أن يقيل من بعض السلم حماية للذريعة لئلا يكون أظهر عقداً صحيحاً وأبطن أنه يسلف من رأس المال (أقال فيه بشرط منه المسلم إليه المبيع بقي الباقي الذي لم يقل منه)[1]. وهذه المواطأة إنما تتصور في عاقد السلم،

---

(1) هكذا في جميع النسخ.

وأمّا من ورثه عنه فلا يتصور فيه أنه واطأ المسلم إليه على بيع وسلف إذا[1] لم يكن له حين العقد حق في العقد ولا في الملك. وهذه المعارضة صحيحة إذا اعتبرنا علة عاقد السلم من الإقالة من بعضه لإمكان المواطأة على ما لا يحل بينه وبين المسلم إليه. وهذه المواطأة لا تمكن في وارثه. لكن أصل المذهب لا يعتبر هذا، ألا ترى أن علة المنع من اقتضاء طعام من ثمن طعام التهمة أن يكون المتعاملان أبطنا العقد على طعام مؤخر وأظهرا أن العقد بدنانير، ثم حدث لهما رأي في أخذ طعام غير هذه. ولو أحال بائع الطعام على ثمنه من له عليه دنانير مثل ثمنه فإن المحال يمنع ها هنا من أن يأخذ إلا ما كان يجوز لمحيله أن يأخذه، وقد كان محيله ممنوعاً من أن يأخذ من ثمن طعامه وكذلك يمنع من ينسب له إلى هذا الثمن أن يأخذ لها ما يكون يد هذا المحال محل يد هذا المحيل، مع كون هذا المحال بالثمن لا يتصور فيه المواطأة (المشتري الطعام)[2] على بيع طعام بطعام، إذ البيع انعقد ولا حقّ له في هذا الثمن ولا في الطعام المبيع. ولم يعارضوا هذا لأجل ما أشرنا إليه من كون من نُسب لشخص حل محله في المال الذي ينسب (له)[3] إليه.

وعارض بعض الأشياخ أيضاً إجازة إقالة الوارث من جميع نصيبه الذي ورث، وقال: إن الميت الذي ورث عنه هذا الطعام كان ممنوعاً من أن يقيل من بعض الطعام، ونصيب أحد الورثة هو بعض الطعام الموروث منع من الإقالة في جميع نصيبه، كما كان يمنع من ورث هذا عنه من/ (الرواة)[4] من بعض هذا الطعام. وهذا أيضاً يقال فيه: إن من عقد السلم وأقال من بعضه كان[5] أحسن الإقالة لما سواها، أقال فيه فتطرقت التهمة إليه لما قدر على الإقالة في الكل

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: إذ.
(2) هكذا في جميع النسخ.
(3) هكذا في جميع النسخ.
(4) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: الإقالة.
(5) بياض في جميع النسخ، بمقدار كلمة.

فأقال في البعض، وهذا الوارث لا يملك سوى نصيبه على الإقالة، ولا قدرة له من نصيب من الشركة في الميراث، فلما لم يقدر على الإقالة من أكثر من نصيبه أُبيح له ذلك، بخلاف من ورث هذا النصيب عنه.

والجواب عن السؤال التاسع أن يقال:

إذا أسلم رجل إلى رجلين في طعام أو غيره، جاز لِمن له السلم أن يقيل أحد الرجلين المسلم إليهما من جميع ماله إليه، لأنه، وإن اشتمل العقد على المسلم إليهما جميعاً، فكل واحد منهما/ كمن انفرد بالعقد دون صاحبه وإقالة منفردة لمنفرد جائزة من كل السلم لا من بعضه. لكنه ذكر في **المدونة** أنه إذا كان كل واحد من الرجلين المسلم إليهما حاملاً لِما على صاحبه أيهما شاء أخذ بحقه فإنه يمنع من له السلم بإقالة أحدهما.

ولو أقاله من جميع ما عليه فاختلفت طرق الأشياخ في هذا، فأما **أبو القاسم بن الكاتب** فإنه علق المنع من الإقالة لأجل الحمالة بكون المسلم مستحقاً لطلب الحمل ها هنا بالحمالة كما يستحق طلابها بحكم المعاملة والمبايعة، ويرى أن اشتراطه في **المدونة** أيهما شاء أخذ بحقه[1] على أن المنع إنما يتعلق إذا وقعت الإقالة وقد استحق طلب المقال بالحمالة لأجل أنه إذا استحق طلبه بما عليه بحكم المبايعة وما عليه بحكم الحمالة صار مستحقاً لجميع السلم على رجل واحد، وقد قررنا أن الإقالة من بعض السلم لا تجوز، فإذا استحق طلب الجميع على هذا المقال منع من أن يقيله مما بايعه فيه، لأنه بعضٌ لما استحقه عليه ولو سقط من الرواية هذه اللفظة وهي قوله: أيهما شاء أخذ بحقه؛ لم تمنع الإقالة إذا كان من لم يقل حاضراً موسراً، حتى لا يتوجه على هذا المقال الأداء عنه بالحمالة. وهذا أيضاً على أحد قولي **مالك**: لا يستحق طلب الحميل إلا مع تعذر أخذه من الغريم؛ فتكون هذه اللفظة إنما قيد بها في **المدونة** لهذه الإفادة التي أشرنا إليها. ولو قيل بإحدى الروايتين أن لمن

---

(1) كلمة غير واضحة في جميع النسخ.

له البينة طلب الحميل وإن كان المتحمل عنه حاضراً موسراً، فإنه لا يفتقر إلى التقييد بقوله: أيهما شاء أخذ بحقه؛ لكون التخيير على هذه الرواية يجعل لمن له الطلب وإن لم/ يقل هذه اللفظة بشرط التخيير في طلب من شاء منهما.

ومن الأشياخ من رأى أنه يمنع من هذه الإقالة ولو قلنا بإحدى الروايتين وهي منعه من طلب الحميل مع قدرته على الأخذ من الغريم، لأنه من الممكن إفلاس غريمه قبل أن يصل منه إلى حقه، فعود الطلب على الحميل[1] الحميل وفي هذا الطلب غير موثوق بها بل[2]. والمذهب ها هنا كالمتحقق من توجه الطلب ذكر عن الشيخ **أبي محمد بن أبي زيد** والشيخ **أبي الحسن القابسي** رحمهما الله أنهما منعا من هذه الإقالة، وإن لم يتصور فيها العلة التي من أجلها منع من أداء السلم من الإقالة في بعض السلم، وهي التهمة على التعاقد في الباطن على البيع والسلف، فرأى أن من له السلم يمنع من هذه الإقالة، وإن لم يغب أحد من المسلم إليهما على رأس المال. ونحن نجيز الإقالة من بعض السلم إذا لم يغب على بعض[3] رأس المال المسلم على ما قبض من الدنانير، لأنه إذا لم يغب على رأس المال لم يتصور فيه السلف. وإذا لم يتصور السلم لم تمكن في الإقالة التهمة على البيع والسلف. وسلكا مسلكاً آخر غير ما قدمناه عما سواهما من الأشياخ، وقدرا أن هذا المقيل إن أقال على أن يبقى المقال حميلاً فقد تغير رأس المال فصار في حكم من أقال على بعضه، لأن رأس المال ها هنا دنانير وحمالة، وقد قدمنا أن الإقالة على بعض رأس المال لا تجوز. وإن أقال على سقوط الحمالة فإنه بايع المقال على إسقاط وضمان عنه، والبيع على ثبوت الضمان أو إسقاطه لا يجوز. فأمّا ما يعتل به من وقوع الإقالة على الحمالة فهو اعتلال صحيح لأنه يتصور فيه الإقالة على بعض رأس المال. وأما

(1) كلمة غير واضحة في جميع النسخ.
(2) كلمة غير واضحة في جميع النسخ.
(3) في (ش): قبض.

الإقالة من جملة ما احتمل[1] العقد عليه من طعام وحمالة فإنه يبعد تصور المنع فيه، لأن هذا الضمان والحمالة من نفس هذا المقال، أو جزء من أجزاء المعقود عليه، وإذا وقعت الإقالة في العقد على ما هو عليه، وكانت الإقالة فيه كالبيع للطعام المعقود عليه، والطعام الذي هو مقصود قد سقط، فقد سقطت توابعه بسقوطه، كما سقطت الحمالة أيضاً عن هذا الذي لم يقل وبصاحبه المقال، لكون ما تحمل به عنه سقط بالإقالة، لا سيما إذا قلنا: إن الإقالة حل للعقد من أصله، وإذا حلّ العقد من أصله فكأنه لم يكن ولم يعقد. وهذا يلخص ما يشار إليه من كون الإقالة وقعت على إسقاط ضمان، لأن المبايعة على إسقاط ضمان المال لا تعلق له بالعقد المقال فيه يتصور الغرر فيه في المعاوضة على ثبوت ضمان أو إسقاطه. ولما ذكر في **المدونة** الحمالة لكل واحد من الرجلين لصاحبه فلننبِهك على أن هذه الحمالة إنما جازت لكون كل واحد إنما يتحمل عن صاحبه بمثل ما تحمل عنه في عقد واحد مشترك بينهما، فلا غرر في هذه الحمالة، بخلاف أن يبيع كل واحد منهما سلعة، ينفرد بملكها، على أن يتحمل كل واحد منهما عن صاحبه بدرك سلعته، لأن هذا يتصور فيه الغرر والخطر، لجواز أن يستحق سلعة أحدهما فيخسر الآخر الذي تحمل عنه، ولا يخسر هو، وكل واحد منهما قد يقدر في نفسه أن صاحبه يخسر دونه، فكأنهما تخاطرا في هذه الحمالة، مع كون المتحمل له يزيد في الثمن لأجل الحمالة، فيكون (راداً لمعنى)[2] منهما في ثمن سلعته ليتحمل به عن (الفقر)[1] وهذه المبايعة للضمان ولا.. يجوز. فإذا كانت السلعة مشتركة بينهما نصفين، فكل واحد منهما يأخذ نصف الزيادة التي زيدت لأجل الضمان، فلا يكون في هذا ضمان بجُعل ولا تخاطر بينهما.

والجواب عن السؤال العاشر أن يقال:

إذا أسلم ثوبين في فرسين: أن الإقالة على أعيان الثوبين من جميع السلم

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: اشتمل.

(2) هكذا في جميع النسخ.

أو من بعضه جائزة تغير الثوبان أو لم يتغيرا، لأن يبيع الفرسين بالثوبين نقداً أو إلى أجل جائز. فكذلك لو أقال على أعيان الثوبين وزاد معهما سلعة أخرى فإن ذلك جائز، ما لم تكن هذه الزيادة من جنس المسلم فيه، مثل أن يقيله على أعيان الثوبين، ويزيده مثل أحد الفرسين، فإن ذلك لا يجوز، إلا أن يشترط أخذ هذه الزيادة عند محل أجل السلم، فإنه إذا اشترط أخذها عند محل أجل السلم، صارت الإقالة إنما انعقدت على أحد الفرسين بالثوبين، وقد قدمنا أن الإقالة على أعيانهما تجوز عن السلم كله وعن بعضه، فإذا اشترط تعجيل هذه الزيادة صارت هذه الإقالة معاوضة عن التعجيل، وكأنهما قصدا المعاملة بالثوبين على إسقاط أحد الفرسين وتعجيل الفرس الآخر، والمعاوضة على التعجيل لا تجوز لما قررناه فيما تقدم من سلف جر منفعة، ومن معنى حطّ الطعامين[1] وأزيدك، وضع وتعجّل؛ والبيع والسلف في مثل هذه المعاني.

(وإن كانت الإقالة على مثلي الثوبين، والمقال عليهما حاضران، جازت الإقالة ها هنا على مثلي الثوبين وزيادة معهما؛ فإن هذا أيضاً يمنع لكون هذه الزيادة تشعر بأنهما قصدا إلى سلف ثوبين ليرى مثلهما وزيادة معهما وتكون عوض الانتفاع بالسلف)[2] وإن كان ابن المواز قد ذكر في كتابه أن كل ما خرج من يدك على وجه المتاجرة/ مما له مثل، فإنه لايجوز لك أن تأخذ عوضه إلا ما يجوز أن يسلمه فيه إلى أجل، لأن الثياب وما في معناها مما يقضى فيه بالقيمة لاختلاف الأغراض فيها، وكونُ القضاء بالقيمة يشعر باختلاف الأغراض فيها. وسنبسط الكلام على هذا في كتاب بيوع الآجال إن شاء الله تعالى. وهكذا أيضاً ذكر ابن المواز عن ابن القاسم أنه يجيز ما قدمنا نحن المنع منه وذلك أنه أجاز الإقالة على أن يعجل أحد الفرسين قبل أجله، ولم يقدر هذا التعجيل سلفاً ممن

(1) هكذا في جميع النسخ، والصواب: الضمان.
(2) ما بين القوسين من قوله: وإن كانت الإقالة على مثلي... إلى: عوض الانتفاع بالسلف... هكذا نصه في جميع النسخ.

عليه/ السلم يسلفه لمن له السلم ليقبض هذا السلف من نفسه وإذا[1] حل الأجل فيكون هذا إذا قدر سلفاً ممنوعاً، لكونه انعقد على بيع وسلف: فالبيع سقوط أحد الفرسين عمن عليه السلم، والسلف تعجيل الفرس الثاني سلفاً لمن له السلم ليأخذه عند أجله مما يجب له عليه حينئذ. وكأن ابن القاسم لم يقدر في هذه الإقالة هذا التقدير ورأى أن الفرس المعجل هو حق عجله قبل وقته، ولا يكون سلفاً يقبضه من نفسه إذا حل الأجل، لأن هذا لو كان كذلك لوجب، إذا حل الأجل وعلى من له السلم غرماء ولا وفاء عنده بديونهم، أن يكلف من عليه السلف إخراج الفرس الباقي في ذمته إلى الأجل، تحاص فيه غرماء، لأنه لم يعجل غرماء عليه، وإنما عجل سلفاً يأخذه مما عليه، والذي عليه قد استحقه غرماء المتسلف وهو أحدهم فيجب الحصاص فيه.

وهذا الذي احتج له به قد يجاب عنه لأنه إنما قدرها هنا كالسلف من باب حماية الذرائع، والاحتياط من النظر، وإلى ما لا يجوز في بياعات الآجال وليس بسلف محقق يشترط كونه سلفاً، وإنما خيف أن يكونا قصدا لكونه سلفاً منه مع تجاوزٍ، هذا لو قدر سلفاً لكان قد انحال هذا بما أسلف على ذمة نفسه هو حائز قابض لما في ذمة نفسه حين الإقالة، / وأخذ الغرماء إذا قبض دينه قبل أن يفلس غريمه مضى قضاؤه. وكذلك لو أحيل عليه قبل قيام الغرماء فكذلك ها هنا.

وطريقة بعض أشياخي في هذا أن الاختلاف الواقع في هذا السؤال إنما ينبني على اعتبار ما في الذمم مؤجلاً هل يقدر عند المعاملة والمعاوضة فيه كالحال أم لا؟ وعلى هذا انبنى الخلاف فيمن له دنانير مؤجلة في ذمة رجل فأراد أن يأخذ عنها دراهم مؤجلة، فإن المشهور من المذهب منع ذلك، لأنه يقدر فيه أنه عجل هذه الدراهم ليأخذ صرفها من نفسه إذا حل الأجل، ووجب أن يقضي ما عليه من الدنانير، والصرفُ المستأخر حرام، وهذا منه. (والقول له آخر السائد)[2] عندنا أن ذلك يجوز، لأنه يقدر فيه أن الدراهم لما تعاملاها عوضاً

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب حذف الواو.

(2) هكذا في جميع النسخ.

عن الذهب قدّر أن الذهب كالحالّ ووقعت المصارفة عنه وهو كالحال، وعندنا أنه يجوز أن يؤخذ عن الدنانير الحالة في الذمة دراهم معجلة، وهذا منه. وربما دلنا هذا الخلاف في تقدير ما في الذمة من المؤجل هل هو كالحال أم لا؟ على ما عرف من اضطراب أهل المذهب في العقد إذا التزم متضمناً بحكمين هما كالمتدافعين، ما الذي يقدّر سابقاً منهما، مثل قول السيد لعبده: إن بعتك فأنت حر؛ فباعه، فالمشهور أنه يعتق عليه، وقدر أن انعقاد بيعه كالمتأخر عما يقتضيه بيعه من الحرية. ومن ذهب إلى أنه لا يعتق قدّر أن انعقاد البيع/ سابق لما تضمنه البيع من حريته، فصار ملكاً للمشتري، والبائع لا ينفذ عتقه فيما باعه إذا أحدث عتقه بعد البيع. وكذلك ها هنا هذه المعاملة تقتضي براءة ذمة من عليه السلم أو عليه الدنانير المؤجلة، فهل يقدر انبرام البيع كالمتأخر عن براءة من عليه الدين، فتكون المعاوضة كأنها وقعت عن أمر قد حل، أو يقدر انعقاد البيع وانبرامه كالسابق على براءة ذمة الغريم، لكون ما عليه كالحالّ فمنع. وهذا يبسط إذا تكلمنا على المسائل المبنية عليه. وأمّا ما ذكره في هذه المسألة فإنا أوردناه لكون هذه المسألة فيها ملاحظة لهذا الأصل. وقد ذكرنا عن **ابن القاسم** إجازته للإقالة بشرط تعجيل أحد الفرسين، وذكرنا أن الزيادة على الثوبين إذا كانت مثل أحد الفرسين معجلاً فإن ذلك لا يجوز. وعلى مقتضى ما حكمنا[1] عن **ابن القاسم** في إجازته اشتراط تعجيل أحد الفرسين المسلم فيهما، فإنما اشترط تعجيل حق نفسه فلا يكون ذلك سلفاً وأنه اشترط في الزيادة تعجيل مملك، أشعرت هذه العبارة يكون سلفاً. وأما إذا وقعت له إقالة على أحد مثلي الثوبين أو مثلي أحدهما خاصة أو مثل أحدهما وعين الثوب الآخر فإن الإقالة على هذه الأوجه الثلاثة تجوز إذا انعقدت في جميع السلم. وأمّا إن كانت في بعض السلم فإنها تمنع لما تضمنته من سلف جر منفعة. فإذا كانت الإقالة على مثل الثوبين عن كل السلم جازت، وإن كانت عن بعضه صار ما بقي من السلم مما لم يقع فيه إقالة عوضاً لانتفاعه بالثوبين اللذين رد مثلهما. وإذا كانت الإقالة في كل

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: حكينا.

السلم لم يتصور ها هنا سلف جر منفعة، إلا أن يشترط زيادة على الثوبين فيمنع ذلك، سواء وقعت الإقالة على كل السلم أو على بعضه، لأن هذه الزيادة إذا ردت مع مثلي الثوبين كانت عوض انتفاع بهما. وكذلك إذا كانت الإقالة على مثل أحدهما وعين الآخر، وانعقدت على بعض السلم، فإن الثوب المردود بعينه لم يقع عليه سلم، والثوب المردود مثله سلف، وعوض المنفعة ما بقي في ذمة المسلم إليه. ولو كانت الإقالة على عين أحدهما جازت عن كل السلم وعن بعضه، إذ ليس ها هنا رد مثلٍ يقدر سلفاً، ولا وجه آخر يمنع من ذلك.

وكذلك في **الكتاب** إذا باع عبداً بمائة دينار إلى سنة فأقاله بخمسين ديناراً: إن ذلك جائز إذا أخرت الخمسون الأخرى إلى أجلها، وأما إن شرط تعجيلها فإنه يعلم مما قدمناه أن هذا ممنوع، وينقض هذا العقد، ويُرد بهذا العبدُ إن فات في يديه، أو قيمتُه وإن كانت أقل من الثمن، ولا يكون هذا كما قيل في بياعات الآجال: إن السلعة إذا فاتت فلا ترد قيمتها إن كانت أقل من الثمن، لأن بياعات الآجال البيعة الثانية إنما/ تعتبر لتعلقها بالأولى، وهذه المسألة لا تعلق البيعة الأولى بالثانية فلا يمنع، والله المستعان.

والجواب عن السؤال الحادي عشر أن يقال:

ذكر في **المدونة** أن من أقال من طعام أو عروض/ أو ولّى أو باع من ذلك ديناً على آخر، فإنه لا يجوز أن يؤخر ذلك ساعة، ولا يكون إلا يداً بيد، لأنه إن تأخر صار ديناً بدين، وكذلك الصرف لا يحل أن يفترقا قبل القبض فكذلك هذا.

وهذا الكلام الذي وقع في **المدونة** اختلفت عبارة المتأخرين في معناه، فأمّا الشيخ **أبو الحسن القابسي**، رحمه الله، فإنه أشار إلى أنه لم يرد بهذا الكلام كون هذه العقود تجري على أسلوب واحد في التضمين[1] والتأخير، وإنما مراده أنه يجب ألا يتعدى حكم الصرف في التناجز. وجرى بعض الأشياخ على هذا المعنى الذي أشار الشيخ أبو الحسن لتأويله بهذا الكلام فقال: الصرف أضيق

---

(1) في (ش): في.

هذه العقود، لأنه لا يجوز فيه الافتراق قبل التقابض، وأوسع منه الإقالة في الطعام والتولية فيه، ثم أوسع من ذلك الإقالة في العروض، وفسخ الدين في الدين، ثم أوسع من ذلك بيع الدين المستقر في ذمة، ثم أوسع من ذلك رأس مال السلم. فهذه سبعة عقود، والشركة عقد ثامن، (ولكن ينوب عنه في هذا الموضع التولية عبارة عن تولية كل الطعام)[1] والشركة عبارة عن تولية جزء منه، وحكم تولية الكل أو النعم[2] متساوية في حكم التعجيل. وبعض أشياخي يشير إلى أن الإقالة في الطعام والعروض تجري مجرى واحداً في حكم التعجيل، وهذا ظاهر **كتاب ابن المواز** لأنه ذكر أن الإقالة في الطعام إنما يجوز فيها التأخير بمقدار ما يدخل إلى البيت ليُخرج رأس المال. وهكذا ذكر في الإحالة[3] في العروض أنه إنما يجوز فيها مقدار ما يذهب إلى البيت أو إلى السوق، وإنما بدأنا بالصرف، وذكرنا أنه أضيق هذه العقود لأن الافتراق فيه ممنوع، والافتراق في الإقالة ليدخل بيته فيخرج رأس المال وشبه ذلك يسوغ. وأمّا التولية فإنها إذا كانت في طعام كانت كالإقالة فيه، وإن كانت في عروض فإنها مختلف فيها هل يسوغ اشتراط تأخير دفع رأس المال اليومين ونحوهما؟ فيه الاختلاف الذي ذكرناه. ولم يختلف في أن الإقالة لا يجوز فيها تأخير رد رأس المال ولا يوماً واحداً، فلهذا كانت أضيق من التولية وما ذكر بعدها، لأن تأخير الثمن فيها يُلحقها بفسخ الدين في الدين، وهو ممنوع، ولهذا جعلناها في مرتبة واحدة مع فسخ الدين في الدين إذا كانت إقالة من عروض. وأما إن كانت إقالة من طعام انضاف إلى فسخ الدين في الدين لغير رأس المال باشتراط التأخير، ونحن نشترط في جواز الإقالة في الطعام ألا يغيَّر رأس المال فيه، لا حساً ولا تقديراً؛ فلهذا كانت الإقالة فيه أشد مما عددناه تضييقاً في المراتب التي بعدها. وأما بيع دين مستقر في الذمة، فإنه لما وقع التعاقد على دين مستقر في

---

(1) هكذا في كل النسخ، إضافة إلى أن في (ش) عوض ينوب: يثوب.
(2) هكذا في كل النسخ، ولعل الصواب: أو البعض.
(3) هكذا في كل النسخ، ولعل الصواب: الإقالة.

الذمة، كان أضيق من تعاقد على أن ذمة المتعاقدين غير مشغولة به، على مذهب **المدونة**، وعلى ما في الموازية لا فرق بين كون الذمتين مشغولتين في عقد السلم أو كون إحداهما مشغولة بدين مستقر فيها، فوقع البيع بهذا الدين المستقر في الذمة، ولو عقد السلم بشرط تأخير رأس المال اليوم اليومين وقعت الإقالة من هذا العقد، فإن رأس المال تعجل، وليس من حق من عليه السلم أن يؤخره مثل الأيام التي اشترط من له السلم تأخيرها، لأن الإقالة حل للعقد الأول، والمقصود بها إسقاط حق كل واحد من المتعاقدين فيما له من الحق في العقد المقال منه، وهذا يقتضي تعجيل ثمن الإقالة، ولا يجوز ها هنا/ اشتراط تأخيرها كما أجزناه في العقد المقال منه. ولا يعترض عن هذا بأنه إذا عجل رد رأس المال، وقد أخر عنه أياماً، فإنه كالمقيل في اليومين رأس المال، لأنا إنما نعتبر رأس المال حين قبضه.

هذا حكم ما يجوز من اشتراط التأخير ويمنع.

وأما لو تأخر رأس المال بغير شرط فإن فيه ثلاثة أقوال: أحدها أن الإقالة تفسد. وقيل: إن الإقالة تصح. وأشار **ابن المواز** إلى شذوذ هذه الرواية عن مالك وأنه لم يقل بها أحد من أصحابه. وقيل: إنما تفسد بهذا التأخير إذا وقع ذلك من أهل العينة، وأما إذا وقع (من لا يضربه)[1] أنه قصد في أصل العقد إلى ذلك، فإن الإقالة لا تفسد. وأصل المذهب مبني على حماية الذريعة، ومقتضى هذا فساد الإقالة، واعتبار من يتهم ومن لا يتهم خلافُ قاعدة المذهب فيما بني على الذرائع.

وذكر في المدونة إجازة الحوالة برأس المال على رجل آخر له عنده مثل رأس المال، أن هذا كالإقالة بعرض ورأس المال عين، لأن هذه الحوالة تقتضى على الحلول.

ولو أن من عليه السلم وكل وكيلاً ليدفع عنه رأس المال الذي أقيل عليه لجاز ذلك أيضاً، (ولكنه يجوز ومن له السلم من عليه السلم قبل أن يقبض من

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: ممّن لا يظن به.

وكيله رأس المال لأن وكيله على محله)[1] ولا يبرأ من عليه السلم إلا بعد أن يدفع وكيله رأس المال. وفي الحوالة لا يفارق من له السلم من عليه السلم حتى يقبض ممن أُحيل عليه رأسَ المال، لأن الحوالة يَبرأ من عليه السلم من الطالب برأس المال، فصار مفارقاً له قبل أن يبرأ من رأس المال، وهذا تأخير في الإقالة.

ولو اشترى طعاماً وأقاله على مثله، وهما بغير البلد الذي وقع فيه قبض الطعام، (فإن ذلك لا يجوز لأنه إن دفعه بالبلد الذي سميا به ووقعت الإقالة فيه، فذلك بيع الطعام)[2] قبل قبضه، لاختلاف أسعار البلدان، وقد قدمنا أن تغير الأثمان في الإقالة في الطعام يمنعها. وإن شرط تأخيره إلى البلد الذي وقع/ فيه قبض الطعام، فإن ذلك تأخير في الإقالة، وهو ممنوع كما قدمناه.

ولو كانت هذه الإقالة في عروض لمنع أيضاً، من شرط تأخير أمثالها بالبلد الذي وقع فيه القبض، لها/ [3] في ذلك من التأخير في الإقالة وفسخ الدين في الدين. لكن لو شرط ها هنا قبض أمثالها بالبلد الذي تقايلا به لجاز ذلك، لأن تغير رأس المال لا يمنع من الإقالة في العروض. وهذا إذا كانت العروض المقال عليها حاضرة عندهما وقت الإقالة، وأما إن لم تكن موجودة عند من يغرمها فإن ذلك يجري على القولين في السلم الحال؛ وقد ذكر في كتاب المرابحة اختلافاً فيمن اشترى بعروض وباع على أمثالها بربح في جواز ذلك.

وقد قدح بعض الأشياخ في الإقالة في الطعام قبل قبضه إذا احتيج إلى أداء أجرة في نقله، لأجل ما يتضمن هذا من الإقالة وقد تغير فيها رأس المال وعد ما يؤدي من هذه الإجارة كبعض ثمن الطعام.

ولما ذكرنا ها هنا مَا لا بد من ذكره فيما يتعلق بالإقالة في الطعام لأجل ما نبهنا عليه من حكم هذه الإجارة المغيرة للثمن، على ما ذكرناه عن بعض الأشياخ، فلنذكر على من تكون إجارة النقل، ورد المبيع إلى مكانه في الإقالة

---

(1) هكذا في جميع النسخ.
(2) ما بين القوسين ساقط من (ش).
(3) هكذا، ولعل الصواب: لما

ورغب إلى صاحبه فيها، وكأنه استدل من عد أحدهما في الإقالة على أنه كالراضي بأخذها حيث هي، والمكان الذي وقعت فيه الإقالة التي سأل فيها صاحبه ورغب إليه فيها. ومال إلى هذا الشيخ **أبو محمد بن أبي زيد وأبو الحسن بن القابسي**، رحمهما الله؛ وقد قدمنا لك الاختلاف في الإقالة هل هي فسخ للبيع أو حل له أو ابتداء بيع؟.

فإن قلنا: إنها ابتداء بيع كان الأظهر أن النقل على من عادت إلى ملكه حكم[1] الإقالة لأنه كالمشتري السلعة يريد نقلها إلى مكان آخر، فإنه لا يلزم البائع أن ينقلها له، وإنما عليه تمكينها له وتسليمها له بحسب ما تقتضيه العادة في تسليم أمثالها.

وإن قلنا: إن الإقالة حل بيع، فها هنا يقع النظر فيها على من قبضها وصارت إليه بالبيع أن يردها إلى مكانها. فهذا موضع النظر ولو كانت سلعة بيعت بخيار لكان مشتريها بالخيار أن يردها إلى مكانها الذي أخذها منه واشترط فيه الخيار لمنفعة نفسه. ولو ردها بعيب وقد عقد البيع فيها بغير خيار فإن البائع إذا كان مدلساً عليه بالعيب فإنه لا يلزم المشتريَ أجرةُ نقلها، لأنه لو لزمه ذلك لوجب على البائع أن يغرمه له، لأنه غره غرراً يؤدي إلى تلف ماله، لا سيما، أيضاً، إن قلنا: إن الرد بالعيب كابتداء بيع، فذلك آكد في أن لا يلزم المشتريَ أجرة النقل. وإذا كان البائع لم يدلس بهذا البيع فإن أجرة النقل إلى مكان القبض على المشتري، إلا أن يؤدي في ذلك ثمناً يلحقه بأدائه ضرر، فيكون هذا مما يوجب له أخذ القيمة للعيب إن شاء على ما سيرد بيانه في كتاب البيوع إن شاء الله تعالى.

وقد أشرناها هنا إلى الالتفات إلى النظر بالرد بالعيب، هل هو ابتداء بيع أو فسخ بيع؟ فتجري فيه على ما نبهناك عليه في الإقالة.

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: بحكم.

ومما قد يجري على هذا الأصل الذي نبهناك عليه/ [1] ما ذكر في **المدونة** فيمن أسلم دراهم في طعام فأقاله على ردها، ولم يغب عليها قابضها، فإن **ابن القاسم** رأى أن لقابضها أن يرد مثلها ويمسكها، ولو شرط عليه أن يردها بعينها. ورأى **سحنون** أن من حق دافعها أن ترجع إليه بعينها. فاعلم أيضاً أن تغير[2] الدنانير والدراهم فيه اختلاف في المذهب سيرد بسطه في كتاب الصرف. فإذا قلنا: إنها لا تتغير[3]، ولا ينفع فيها اشتراط التعيين، وأن الإقالة ابتداء بيع اقتضى هذا ما قاله **ابن القاسم** من أن لمن هي في يديه أن يعطي مثلها. وإن قلنا: إنها تتغير[3] وأن الإقالة حل بيع اقتضى هذا ما قاله **سحنون**، لكون العقد قد انحل فصارت هذه الدراهم كأنها بيد رجل لرجل آخر لم يقع عليها تعاقد، فمن حق صاحبها أن يأخذها بعينها. هذه الفروع المتعلقة بأحكام الإقالة، وقد كنا ذكرنا أنها رخصة، وكذلك الشركة والتولية في الطعام رخصتان أيضاً. فلنذكر الآن حكم التولية.

(1) بقية الصحيفة 42/ظ /و بياض ووقع إتمام النص من المدنية و ش.
(2) هكذا في النسختين ولعل الصواب تَعَيُّن
(3) هكذا في النسختين ولعل الصواب تتعين.

فصل
في التولية

يتعلق بهذا الفصل سؤالان منهما أن يقال:

1) ما الدليل على جواز التولية في الطعام؟
2) وما حكم تغيّر رأس المال فيها؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

روى **ابن القاسم** عن **سليمان بن بلال** عن **ربيعة** عن **سعيد بن المسيب**: أن النبي ﷺ قال: «**من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من إقالة أو شركة أو تولية**»[1]. وقد قدمنا نحن الكلام على الإقالة، ولا نعلم في جوازها خلافاً إذا وقعت برأس المال قبل قبض الطعام. وإن لم يقبض الطعام، فإن قلنا: إن الإقالة حل بيع، وليس بابتداء بيع، كان هذا الاستثناء الواقع في الحديث كأنه استثناء من غير جنس، والاستثناء من غير جنس قد ورد/ في الشرع واللغة. وإن قلنا: إنها بيع، كان استثناء من الجنس ولكن خصت بالجواز، لكونها معروفاً، وفي الحديث «**كل معروف صدقة**»[2] وقد ندب الشرع إلى إحسان المسلمين بعضهم لبعض، وهذا من الإحسان والمعروف، والشرع يندب إليه فاقتضى ذلك أن يعير[3] عليه بهذه الرخصة في الطعام. وأعلاه **الأوزاعي** حتى قال، فيمن قال لعامله: أقلني من هذا الطعام ولك كذا: فإن ذلك لا يمنع. وهذا شرود وخروج

(1) انظر المدونة ج 4 ص 81 والمصنف لابن أبي شيبة ح 4 ص 386 ح 2138.
(2) فيض القدير ج 5 ص 32 حد: 6351.
(3) هكذا في الأصل.

عن أقوال العلماء سواء أن الربح والوضيعة يشعران بطلب المكايسة والمغابنة وإذا وقعت الإقالة عليها خرجت من المعنى الذي لأجله رخص فيها. وأما التولية فإنها جائزة عندنا في الطعام وإن لم يقبض، خلافاً **لأبي حنيفة والشافعي**، ورأيا أن الإقالة إنما جازت عندنا في الطعام لكونها حلَّ بيعٍ وفسخَ عقد؛ والتولية لا ينكر[1] أن يتصور فيها هذا مِنْ أنّ مَن اشترى طعاماً فولاه لغيره فإن العقد الذي وقع بينه وبين بائع الطعام منه الفسخ[2] باتفاق. (وإن اتفقا على أنه لم ينفسخ لم يتصور وبه بعد بر)[3] حله ولا فسخه. ونحن نحتج بالحديث المتقدم، وليس ذلك على الإقالة لأن مشتري الطعام إذا لم يربح ولا خسر ويسمح بأن يولي (ما المن)[4] أشعر ذلك بقصده إلى الإحسان والمعروف لمن ولاه الطعام الذي اشتراه، فصارت التولية بمعنى الإقالة فأجيزت.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

إن ولّى ما اشترى له)[5] من الطعام أو أسلم فيه قبل قبضه، وشرط زيادة على الثمن الذي اشتراه به، أو نقصاناً منه، فإن ذلك يمنع، لما قدمناه من كون هذا الاشتراط يشعر بأنه لم يقصد المعروف والإحسان. وإن تقدر الثمن بقدر الإحسان مثل ما قدمناه أيضاً في الإقالة يمنع أيضاً، كمن أسلم دنانير في طعام وأخذ به رهناً أو حميلاً لرجل آخر يشترط أن يسقط الحميل والرهن، فإن ذلك لا يجوز لما فيه من تغير الثمن من جهة التقدير، لأن ثمن الطعام المشترى على أن يأخذ رهناً أو حميلاً ثمنه إذا اشتُري بغير رهن ولا حميل بشرط إسقاط الرهن والحميل في التولية يغيّر الثمن، كما بيّناه. لكن إن أسقط الرهن والحميل قبل أن يولّي هذا الطعام وولاه بعد ذلك، وبيّن لمن ولاه أنه أسقط الرهن والحميل

---

(1) هكذا في الأصل ولعل الصواب: لا يمكن.

(2) هكذا في الأصل. ولعل الصواب: لم ينفسخ.

(3) هكذا في الأصل ولعل الصواب: وإن اتّفِق... لم يَعتذرْ ربُّه بعُذْر.

(4) هكذا في الأصل.

(5) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: إن ولاه ما اشترى.

بعد أن عقد عليه، فإن ذلك على ما ذكره **ابن المواز**، وعورض فيه بأن الثمن لم[1] عن تغيير في هذه التولية، فإن إسقاط الحميل والرهن قبلها، كما لو أُسقط في حين العقد لها، وكذلك لو أسلم عشرة دنانير في طعام، ثم زاد من عليه السلم في ثمنه ديناراً، قد قيل: لا يجوز في هذه التوليةُ على حال، لأنه إن وقعت على العشرة دنانير التي عليها ولم يطالب من ولاه الزيادة التي زادها بعد العقد لأجل العقد، وهي كبعض الثمن، فإن ذلك يمنع لما فيه من تغير الثمن. وإن عقدت التولية على أحد عشر ديناراً فإن ذلك أيضاً يغير الثمن، لأن الدينار الزائد على العشرة بقوله[2] وتطوع، وهو على من ولاه واجب في عقد التولية، ولهذا تغيّر الثمن. وقيل: بل تجوز التولية إذا ولاه بجملة الثمن وما زاد عليه، وأخبره أن الزيادة تطوعَ بها بعد العقد. كذلك اختلف فيمن اشترى طعاماً بثمن مؤجل هل يجوز له أن يوليه بمثل الثمن إلى مثل الأجل؟ فأجازه **مالك** ومنعه **ابن القاسم وأشهب**/ .

وسبب هذا الاختلاف النظر في اختلاف الذمم هل يغير الثمن أم لا؟ فقال **مالك**: إن الثمن لا يختلف باختلاف ذمة (الثمن المبيع به)[3] المولي والمولى فلم يمنع الإقالة. ورأى **ابن القاسم وأشهب** أن الدين يختلف باختلاف الذمم، لأن الثمن المبيع به إذا كان مؤجلاً على غنيّ تثق النفس بأنه لا يعتبر[4] بالثمن إذا حل الأجل، فسامح فيه البائع. وإذا بيع بثمن مؤجل على فقير تتخوف النفس منه ألا يجد ما يقتضي منه عند الأجل، يستظهر عليه بالثمن، لأجل ما يترقب من فقره. فصار الثمن مختلفاً في هذه التولية في التقدير ملحقاً بما ذكرناه مما صورنا فيه اختلاف الثمن تقديراً لا حساً.

وأيضاً فإن العين المؤجل كالعدم. وقد قدمنا أنه لا يفيد التولية على مثل العرض في الرهان، وأن لما بينا في هذا الثمن المؤجل كتماثل العرضين، وقد

---

(1) كلمة غير واضحة في الأصل.

(2) هكذا.

(3) هكذا، والكلام بدونه أوضح.

(4) هكذا، والأقرب: لا يتعَثّر.

انتصر بعض الأشياخ لمذهب **مالك** في هذه المسألة، بأن الإقالة تجوز في الطعام وإن تغيرت ذمة المقال، وتبدلت بالوسع والعسر؛ فاقتضى هذا أن اختلاف الذمم لا يعتبر ها هنا. وهذا لا يلزم ابن القاسم وأشهب، لأن الذمة ها هنا ذمة واحدة، وقد وقعت المعاملة عليها، وعقد السلم مع تجوّز اختلاف حالها، وتبدل شأنها بالوسع والعسر، والثمن الذي عقد به السلم قد اعتبر دافعه حال هذه الذمة وما يتخوف، فزاد في الثمن، أو نقص، بمقتضى ما يظهر من حال هذه الذمة في المستقبل. فإذا وقعت الإقالة بعد تغيير الثمن، يكون في الثمن المقال عليه تغير لأجل أن هذا التغير عليه وقع العقد. بخلاف من ولى رجلاً آخر طعاماً اشتراه بثمن مؤجل عليه، فإن هذا لم يقتض العقد بينه وبين من عليه السلم اعتبارَ ذمة المولَّى، كما اقتضى العقد ذمة المقال. وكذلك اختلف أيضاً فيمن أسلم في طعام فلما حل الأجل قبض بعض السلم، ثم أراد أن يولي ما لم يقبض، فإن الخلاف في هذا أيضاً مبني على ما أشرنا إليه من كون الثمن يختلف اختلافاً مفيداً[1] لا اختلافاً محسوساً، لأن السلم إذا عقد على مائة قفيز، فقبض منها خمسين، ثم ولى الخمسين التي لم يقبض بنصف الثمن، فإنها لا يقابلها من الثمن الذي وقع العقد بنصفه ولأن[2] المقبوض قد استقبل فيه على التقاضي والطلب، وثمنه إذا بيع معيناً يمكن قبضه في الحال أكثر من ثمن ما لم يقبض، لما يتخوف المولي من مَسعد[3] الطلب له وكلفة التقاضي، والثمن إذا اختلفَ مُنِعَتْ التولية. ومن أجاز التولية ها هنا رأى أن العقد إنما وقع من[4] وقوعه على أن هذين النصفين من الطعام المتساويين في الثمن، فإذا وقعت التولية على التساوي لم يُتصور اختلاف في الثمن الذي وقع عليه العقد. ولولا ولَّى ها هنا جميع الطعام، ما قبض وما لم يقبض، لمنع، لأن المقبوض يكون العقد فيه

---

(1) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: مقدراً.
(2) هكذا في الأصل، ولعل الصواب حذف الواو.
(3) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: مَسْعَى.
(4) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: حين.

بيع[1] يحل فيه ويحرم ما يحل ويحرم في العقود على طعام معينٍ، وما في الذمة بخلافه، يعتبر فيه الثمن الذي وقع عليه العقد. فصارت التولية ها هنا إنما وقعت فيما لم يقبض بشرط أن يبيع منه طعاماً آخر، وهكذا يمنع من توليته بشرط تولية آخر مثل أن يقول لرجل: والى[2] ما أسلمت فيه من طعام على أن أوليك ما أسلمت فيه من طعام. لأن دخول هذا الاشتراط في التولية يشعر بالقصد إلى المكايسة والمتاجرة، والتولية إنما جازت لكونها غالباً إقالة، لأن ما وقع على جهة التبايع طُلب المعاين[3] فيه من الطرفين جميعاً غالباً، فالبائع يحرص على أن يغبن المشتري ويستظهر عليه والمشتري يحرص على أن يغبن البائع فيه/ والإقالة في غالب العادة إنما يقصد بها رفق أحدهما، وكذلك التولية، فإذا وقع مع العقد فيها مثلُ هذا الاشتراط المشعر بقصد المكايسة مُنِعَتْ.

وهذا إذا اختلف رأس مال الطعامين واختلف الطعامان في أنفسهما. وأما إذا تماثل الطعامان فهذا ينصرف إلى الحوالة. وسنتكلم على طعام أسلم فيه إن شاء الله تعالى.

ومما يمنع أيضاً لما تقدر فيه من اختلاف الثمن في التولية أن من أسلم في طعام بشرط تأخير رأس المال ثلاثة أيام، ثم ولاّه رجلاً آخر فإنه لا يجوز أن يوليه إياه بشرط تعجيل النقد، لأن اشتراط تعجيل النقد، وهو قد اشترط تأخيره في العقد الذي وقع بينه وبين من باع منه، يقتضي اختلاف الثمن، واختلاف الثمن في الطعام ممنوع، لكن لو وقعت ها هنا بفور العقد على أن يؤخر المولّى الأيام التي يشترط تأخيرها لنفسه، لمنع ذلك أيضاً على مذهب المدونة في أن بيع الدين المستقرّ في الذمة لا يجوز بشرط تأخيره اليوم واليومين، بخلاف شرط تأخير رأس المال على ما قدمنا بيانه في التولية ها هنا لهذا الطعام[4] دين مستقر

---

(1) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: عقد بيع.

(2) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: ولِّه.

(3) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: التغابن.

(4) كلمة غير واضحة.

في الذمة فوجب أن يمنع. وقد حاول بعض الأشياخ إجراء هذه المسألة على الخلاف فيمن اشترى شقصاً بثمن مؤجل، فلم يقم الشفيع بطلب الشفعة إلا بعد حلول الأجل، هل يولّى الشفيع مثل ما أُجِّل المشتري من الأجل الذي يقضى أم لا؟. فإذا قلنا: لا يؤجل، فكذلك التولية ها هنا محمولة على تعجيل الثمن، وشرط تأخيرها يفسدها. وإذا قيل: إن الشفيع يؤجل، أُجل هذا أيضاً على مقتضى إطلاق التولية. وهذا الذي أشار إليه قد لا يصح (يكون يعتبر الأثمان في الشفعة بالتراضي وبالتولية في الطعام يمنع)[1]. وقد أشرنا إلى كون هذا التأجيل يقتضي اختلاف الثمن، وإذا أقضاه[2] منع. ولا تمنع الشفعة ولا تسقط لاختلاف الثمن، ألا ترى أن من اشترى شقصاً بعرض كان الشفيع يأخذه بقيمة العرض، وقيمة العرض خمس فخالف العرض. وقد أشرنا إلى اعتبار اختلاف الذمم في التولية مع كون الشفيع أيضاً قد استحق الشفعة في الزمن الذي انبرم فيه عقد المشتري المنتقض قبل ذهاب الأجل، واستحق أن يأخذ الشفعة بالثمن على ما هو عليه، وهذه التولية ها هنا لم يستحق له العدد انقضاء هذه الأيام المشترط تأخير النقد فيها وهي إنما وقعت بتراضي المولي والمولى، والشفعة لا يفتقر فيها إلى رضى من لا[3] يؤخذ من يده.

(1) ما بين القوسين هكذا نصه في الأصل.
(2) هكذا في الأصل ولعل الصواب: اقتضاه.
(3) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: حذف (لا).

فصل

في الشركة

وقد ذكرنا فيما قدمنا أن مذهبنا أن التولية والشركة رخصتان قد استثنيتا من النهي عن بيع الطعام قبل قبضه كالإقالة، وذكرنا مذهب من قصر الرخصة على الإقالة خاصة. لكن ذكر **أبو الفرج عن مالك** أنه يمنع من الشركة في الطعام الذي يقبض[1]. وهذه الرواية مشابهة لمذهب **أبي حنيفة والشافعي** في قصر الرخصة على الإقالة، لكنه[2] قصر هذه الرواية التي حكاها على الشركة لم يكن عن هذا عندي (من له اعتذار سوى) الشركة[3] إنما تكون في بعض المبيع فيسلم لشريكه جزءاً منه ويبيع الجزء بما كان مخالفاً للبيع الجملة، بخلاف التولية التي هي كبيع للجميع بجملة الثمن. وهذا/ لا يتصور فيه تقدير اختلاف الثمن. ولكن مع هذا أشرنا إليه، وقدمنا بيانه مبسوطاً.

يتعلق بالشركة ثلاث مسائل منها أن يقال:

1) هل على الشريك أن يكتال ما اشترك فيه ويضمنه؟
2) وهل يحمل إطلاق لفظ الشركة على المساواة؟
3) وهل تجوز الشركة بلفظ السلف؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

---

(1) هكذا في الأصل ولعل الصواب: لم يقبض.
(2) هكذا في الأصل ولعل الصواب: لكن.
(3) هكذا في النسختين ولعل الصواب: (من اعتذار سوى أنّ).

ذكر في **المدونة** فيمن اشترى طعاماً في سفينته فاكتاله ثم أشْرك فيه رجلاً فغرقت السفينة: أن مصيبة الطعام جميعاً منهما، مشتريه ومن شاركه فيه. وهذا يشعر بأنه لا يوجب على الذي اشترك في طعامه كيلاً، إذ لو وجب عليه الكيل لكان ضمانه منه حتى يكتال الشريك ما اشترك فيه، كما يجب على البائع للطعام ضمان ما باعه حتى يكتاله لمشتريه. وإلى هذا ذهب **ابن حبيب**. وأشار **سحنون** إلى خلاف هذا، وكتب على المسألة[1]. وقال **فضل بن سلمة**: ينبغي أن يكون للطعام[2] من مشتري الطعام حتى يكتال لمن أشركه ما أشركه فيه. وأشار بعض الأشياخ إلى أنه ينبغي أن يُجرى في التولية والإقالة والمقبوض[3] والهبة هذا المجرى في إسقاط الكيل، بخلاف البيع، لأجل أن هذه المعاني كلها طريقها المعروف، وإذا كان طريقها المعروف والإحسان لم يكلف من قصد الإحسان شططاً بإيجاب الكيل وأداء أجرته. وأشار إلى أنه قد تختلف هذه المعاني التي ذكرناها كما اختلف في المذهب فيمن وهب لرجل أقساطاً من زيت جلجلان، هل يجب على الواهب عصر هذا الجلجلان حتى يتوصل الموهوب إلى ما وهب له أم لا؟ وفرق **ابن حبيب** بين هذه المعاني، فسلك في الشركة مسلك **المدونة** كما حكيناه، وأوجب في التولية والإقالة الكيل على المقيل والمولي إذا غابا على الطعام، فإن لم يغيبا عليه فإن الكيل لا يجب على المقيل ويجب على المولّي. وهذه التفرقة التي فرق فيها بين الإقالة والتولية (إذا لم يقع عليه على الطعام)[3] لا يتضح لها وجه محقق، لأن المولي والمقيل إنما عقدا على أنفسهما ما عقداه في هذا الطعام على أن يكون المقال والمولَّى لهما زيادة الكيل في هذا الطعام أو نقصانه والتزَمَا قَبُولَ أخذ الطعام على حسب ما رضي به المقيل والمولي في الكيل، وهو لم يغب على الطعام، فيتهم بالخيانة، والبيع الذي طريقه المكايسة يكون للبائع مَقال في زيادة الكيل ونقصانه، على ما سيرد بيانه

---

(1) كلمتان غير واضحتين.

(2) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: الضمان.

(3) هكذا في الأصل.

إن شاء الله في موضعه.

وقد اختلف تأويل الأشياخ لهذه المسألة المذكورة في **المدونة**، فرأى بعضهم أن هذا الطعام الذي غَرِقَتْ به السفينة شهدت بينة بتلفه، فلهذا أطلق القول بأنه لا يضمنه الذي أشرك فيه، بل يكون الضمان عليهما جميعاً. وإذا لم تقم بيّنة بتلفه فإنه لا ضمان على من أشرك فيه إذا كان ذلك محبوساً بالثمن، على ما سيرد بيانه في ضمان المحتبس بالثمن إن شاء الله.

ومن الأشياخ من رأى أن هذه المسألة وأمثالها يجب أن تخرج عن هذا الأصل، لأجل أن الشركة في الطعام قبل أن يقبض إنما جازت لكونها يقصد بها المعروف فخالفت البيوع بهذا، فكذلك/ ينبغي أن يخالف أحكام البيوع في الضمان أيضاً. ولو اكتال المشترك الطعامَ الذي اشترك فيه فضاع بقية الطعام قبل أن يكتال، إن ضمان الذي ذهب قبل كيله منهما جميعاً، والذي اكتيل بينهما يكون جميعاً لأجل ما صار في يديه مما اكتيل إنما يعلم استحقاقه لجميعه بعد كيل ما بقي، فإذا ضاع ما بقي قبل أن يستحق هو ما في يديه وجب أن يبقيا على حكم الشركة فيما ضاع وفيما بقي. هكذا ذكر أشهب في **كتاب ابن المواز**، لكن لو تلف الذي اكتيل في يد من اكتاله لكان ضامناً لنصيبه الذي قبضه لنفسه ليستبد به، لأنه بقي عليه حق التوفية لصاحبه مثل ما صار إليه هو، فهذا رجع إليه صاحبه إذا ضاع ما لم يكتل، ويضمن هو ما اكتيل لأجل أنه قد وفّى لصاحبه ما عليه من كيل.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

هذه اللفظة التي هي الشركة يصلح استعمالها في الشريك يجد من المال كل ذلك الجزء أو أكثر. لكن هذا الجزء إذا نصّ عليه ارتفع الاحتمال، مثل أن يقول: أشاركك بربع هذا المال. فإن لم ينص على هذا الجزء بل ذكر لفظ الشركة مطلقاً فقد قال/ [1] في المدونة في رجلين اشتريا عبداً شركة بينهما،

---

(1) بداية صفحة 43/ ومن الوطنية حيث انتهى النقص الواقع فيها قبل.

فلقيهما رجل فقال: أشركاني معكما. . . إنه يكون شريكاً بالثلث، لأنه إنما أراد أن يكون كأحدهما. وهذا الجواب لا يعول عليه في إطلاق لفظ الشركة على ماذا يحمل من الأجزاء، لأنه ذكر في **الكتاب** أنهما أرادا أن يكون/ العبد بينهم على المساواة، والمساواة لا يكون له بأن يكون بينهما العبد وقد[1]. . . أن الشركة إذا قدمت بذكر جزء صِير إليه. وهذا إن أراد أن يكون كأحدهما صار ذلك كالنطق بالجزء، ولهذا قال بعض الأشياخ: إن المسألة محمولة على أنه لقيهما مجتمعين فخاطبهما جميعاً فأجابا جميعاً. لأن هذه الصورة الظاهر أن الخطاب لما كان لهما معاً حمل جوابهما على قصدهما إلى أن يساوي كل واحد منهما. فلو لقي كل واحد على انفراده فسأله في الشركة فأجابه بالإنعام لاستحق بذلك نصف ما ملكه من هذا العبد وهو الربع فإذا لقي بعد ذلك الشريك الآخر فسأله في الشركة فأنعم له فإنه يستحق أيضاً نصف ما في يديه وهو الربع، فيكون لهذا المنفرد بالسؤال نصفه، والآخريْن نصفه. ولو كانت شركة المشتريين العبدَ على أجزاء مختلفة فسألهما هذا في الشركة فأنْعَمَا لهُ بها، فإنه يكون له نصف العبد لأن كل واحد منهما قد أشركه فيما يملكه، والشركة تقتضي المساواة، فإذا ساوى كل واحد منهما جاز له نصف ما في يديه، فقد ملك نصف العبد.

وهذه الطريقة التي سلكها الأشياخ تقتضي حمل لفظ الشركة على المشاركة بالنصف والمشاركة فيما اشتركا فيه، وإنما استدلوا باختلاف الأجزاء أو بالتقاء في مجلسين على أنهما لم يقصدا الخروج على ظاهر لفظ الشركة الذي قدرنا أنه يقتضي المساواة، وعولوا على قوله في **الكتاب**، لأنهما رهنا[2] فأشاروا إلى أن اختلاف الأجزاء، وافتراق المجالس لا يظهر معه أنهما أرادا ما ذكر عنهما. وقد قيل في مسألة **الكتاب**: إن هذا السائل في الشركة يكون له نصف العبد. وهذا الجواب الذي وقع مطلقاً هو مطابق لما ذكرناه عن الأشياخ

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قدر.

(2) مقدار كلمتين غير واضحتين.

من وجوه حمل لفظ الشركة على المساواة إذا لم يقتدو[1].

وعلى هذا الأسلوب يجري ما ذكرنا عن **سحنون** في مسألة من أقر بأن هذا العبد الذي في يديه فيه شركة لرجل آخر سماه، أو قال: هو لي، وأراد هو مني[2]. فإنه ذكر اختلافاً في المذهب في هذا، فقيل: يحمل إطلاق هذا على المساواة في المال. وهذا هو الذي سلكه بعض الأشياخ في مسألة **الكتاب**. وذكر قولاً ثانياً وهو أنه يسأل في هذا، فما فسّر به رُجع إليه، وحمل اللفظ عليه، ثلثاً قال، أو ربعاً، أو غير ذلك. وذكر قولاً ثالثاً أن هذا الاطلاق لقوله فيه شركة، يقتضي المساواة، ما لم يقل: هذا العبد فيه شركة لفلان معي. فإنه إذا قال: معي، حمل على المساواة. واستدلال شهادة اللفظ على قصد المساواة لا يتضح إلا أن يكون صاحب هذا المذهب تكلم على قوم لا يستعملون هذه اللفظة، وهي قوله: معي، إلا مع المساواة، فيصح الاستدلال بها.

وهذا الخلاف الذي ذكرناه في إطلاق هذه اللفظة إنما يتصور إذا أطلقها ثم بعد حين قيّدها بثلث أو ربع. فإن كان لا يقبل منه على أحد الأقوال التي ذكرها **ابن سحنون**، لكونه عند هؤلاء ادعاءَ خلاف ما يقتضيه ظاهر اللفظة. وأما لو وقع المقيّد متصلاً بلفظ الشركة فإنه لا يختلف في كونه لا يطلب بأكثر مما قيده في إقراره. لكنهم[3] التقييد في قولهم: لفلان عليّ حق في هذا المال. قبل ذلك الحق بحدّه تقييداً متصلاً بالكلام أو متراخياً عنه. وكأنهم رأوا أن هذه اللفظة لا تشعر بالمساواة لا من جهة كونها نصّاً فيه ولا ظاهراً، بخلاف الشركة فإنها إن لم تشعر بالمساواة نصّاً أشعرت به ظاهراً. فإزالة الخطاب عن ظاهره إنما تقبل إذا كان متصلاً به وأما إذا كان منفصلاً فإنه لا يقبل في ألفاظ المقرّين بالحقوق.

وهذا فيما وقع في القرآن أو السنة التفرقة فيه بين متصل ومنفصل يفتقر

(1) هكذا ولعله إذا لم يعينوا.
(2) هكذا والكلمة غير واضحة.
(3) فراغ في جميع النسخ بمقدار كلمة.

إلى تفصيل ذكرناه فيما أمليناه من أصول الفقه. وما ذكرنا من الخلاف في هذا إنما هو في مقتضى لفظ المقرّ إذ أطلق وكان المقَرُّ له لا علم عنده، لكونه وارثاً أو شبه ذلك. فأما إن كان عالماً بما لَه من الحق في المال المقَرّ بالشركة فيه، فإنه ينتقل الجواب فيه إلى أصل آخر وهو النظر في التداعي في المال المشتركِ. فعلى أصل ابن القاسم يكون ما أقر به كل واحد منهما لصاحبه يُسلَّم إليه، وما اختلف فيه يقسم نصفين. فإذا فسّر المقر بالشركة ما أراد، وقال: إنما أردت أنه شريكي في هذا العبد بالربع. وقال المقرُّ له: بل بالنصف. فالربع لهذا أو[1] النصف لهذا، اتفقا عليه. وبقي الربع المتنازع فيه يتحالفان ويقتسمانه نصفين. ولأجل أن المقرّ بالشركة في عبد في يديه قد تضمن إقراره كون المقَرّ له يده معه على العبد حكماً لإقراره له بملك جزء منه، فيجري له أمر[2] فيه على ما أشرنا إليه من أحكام التداعي في هذا.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

قد تقرر في الشرع منع البيع والسلف. فإذا شرط المشارك في سلعة على من أشركه/ فيها أن ينقد عنه ثمن نصيبه، فإن ذلك ممنوع، لأنه إذا اشترى سلعة لنفسه، ثم سأل شركة فأنعم له بشرط أن/ ينقدَ جميع الثمن، فإن ذلك بيع وسلف في النصف الذي سلمه إليه، وسماه شركة بيع باعه منه، واشترط في عقد هذاالبيع على أن ينقد عنه البائع ثمن نصيبه الآخر المختص به. وهذا اشتراط سلف، فإن البيع يوجب أن يُمنع. وأمّا إن كان اشتراط السلف من السائل في الشركة، فإنه لا يخلو أن يشترط ذلك في أصل المعاقدة على الشركة، أو يسأل فيه بعد المعاقدة عليها. فإن اشترطه في أصل الشركة لم يخل من أن يكون إنما وقع الشراء على الشركة، مثل أن يقول رجل لرجل: اشترِ سلعة كذا، وأشركني فيها، وانقد عني الثمن. أو يقول له: اشتر السلعة شركة بيني وبينك. فلما

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: (و).
(2) هكذا في جميع النسخ.

اشتراها قال له: انقد عني. فإن هذا إذا وقع الشراء عليه فإن المتولي للعقد كالوكيل للآخر على شراء النصف. والوكيل يجوز أن يوكل على العقد، وعلى أن يدفع الثمن من عنده سلفاً، إذا لم يقصد بهذا السلف منفعة نفسه. فإذا وقع عقد الشراء على أن السلعة التي اشتريت شركة بينهما جاز اشتراط الموكّل على الوكيل أن ينقد عنه. ولم ينفذ[1] هذا في عقد من العقود حتى الصرف، لأجل أن العقد إنما وقع على أن متولّيه لا يملك له نصف ما اشتراه بالنصف الآخر ليس هو بائع له فيقدر فيه البيع والسلف، أو تأخير في مناجزة فيما يجب التناجز فيه. وأما إذا لم يعقد البيع على الشركة بل عقَد متولي العقد لنفسه ثم بعد ذلك أشركَ فيها لمن سأله في الشركة، فإنه لا يجوز ها هنا اشتراط السائل في الشركة النقد حين سؤاله في الشركة، ولا بعد أن أنعم له بها، لأن ذلك يكون صرفاً مستأخراً، لأن الدنانير التي تطوّع مشتريها بها يشارك هذا فيها، ومن وجب عليه دفع ثمنها من الدراهم فصار جميعها له، فإذا أشرك فيها فإنه يكون بائعاً لنصفها بدراهم من الذي أنعم له بالشركة، فإذا لم ينقد له هذا السائل في الشركة ثمن النصيب الذي أشرك به صار باع منه دنانير بدراهم مؤخرة وذلك ممنوع. وأمّا إن كانت هذه الشركة وقعت في عروض معينة حاضرة، فإنه يجوز للسائل اشتراط النقد عنه حين سؤاله في الشركة والإنعام له بها، وبعد أن ينعم له بها فيسأل في النقد عنه، لأن ذلك بيع العروض الحَاضرة بثمن مؤخر، وبيع عروض حاضرة بثمن مؤجل لا بأس بذلك. فلهذا أجيز هذا على الاطلاق، ومنع الصرف على الاطلاق في هذا الوجه الذي ذكرناه. وأما إن كانت العروض سلما في الذمة فإنه لا يجوز أن يسلم في الشركة بشرط أن ينقد عنه، لأنا قد قررنا أن الجزء الذي أنعم له بالشركة به بيع من هذا المشارك الذي أنعم بالشركة. وقد قدمنا أن بيع دين مستقر في الذمة لا يجوز تأخير ثمنه، على ما ذكره في المدونة. وذكرنا عن كتاب ابن المواز أنه يجيز اشتراط تأخيره اليوم واليومين، كما يجوز في رأس مال

(1) هكذا في و. ينقد في ش.

السلم. وكذلك الحكم ها هنا في هذه الشركة لما قدّمناه من تجويز من له السلم بائعاً نصفه، فيعتبر في هذا ثمن[1] الدين المبيع ما ذكرناه. وأما إن سأل له[2] في الشركة، فأنعم له بها المسؤول ثم بعد ذلك سأله أن ينقد عنه، فإن هذا ينبغي أيضاً أن يمنع لما أشرنا إليه من كون ثمن الدين المبيع لا يجوز تأخيره بشرط أو غير شرط، وقع في أصل العقد. ومن شرطه صحة المناجزة كما قدمناه وبيّنا رتبته في تضمين المناجزة مع غيره فيما يشترط فيه التناجز. لكن ذكر ابن المواز فيمن أسلم في طعام فسأله رجل أن يشرك فيه فأنعم له/ ، من بعد ذلك سأله أن ينقد عنه، فإنه يمنع من ذلك إذا كان قد نقد جميع الثمن. وأما إذا لم ينقد الثمن فإنه ذكر المنع من السؤال في النقد. وذكر في موضع آخر من كتابه (من ذلك)[3] جواز ذلك، وقدر أن هذا الذي تولى العقد إذا تولاه لنفسه، ولم ينقد ثمنه حتى سأله آخر في الشركة فأنعم له بها، فإن النقد صار عليه وكل من شركهُ. فكأنه تطوّع بعقد وجب عليه للبائع، فلم يمنع من ذلك، كما لو عقد السلم شركة بينه وبين هذا حتى يصير كالوكيل به، فإنا قدمنا جواز النقد عن هذا الموكل، وكذلك ها هنا يقدر أنه إنما نقد عنه ما وجب لبائع الطعام عليه، وهذا النقد لا يتضح لأن الثمن إنما وجب لبائع الطعام على مشتريه الذي أسلم فيه، ولا يستحق مطالبة هذا الذي سأل في الشركة فيه بحكم مقتضى العقد.

ولو كانت هذه الشركة في طعام معين حاضر اشترط حين سؤاله في الشركة أن ينقد عنه، لكان هذا ممنوعاً، لكون الثمن المؤخر أقل في القيمة من الثمن المنقود، فصارت الشركة انعقدت على خلاف رأس المال.

ولو سأله في الشركة فأنعم له بها ثم سأله بعد ذلك في أن ينقد عنه، لجاز ذلك، لأن تطوعه بالشركة إحسان ومعروف واتبع هذا الإحسان بإحسان آخر

(1) في (ش): الثمن.
(2) ساقطة في (ش).
(3) بين القوسين ساقط في (ش).

وهو النقد عنه. وقد قيل: إنه لا يجوز. وهذا إن كان قد نقد جميع الثمن، وكأنهما اتهما في هذا القول على أن يكونا أبطنا عقد الشركة على شرط النقد وأظهرا خلاف ذلك.

وإذ قد نجز القول في الممنوع من بيعه قبل قبضه من الأطعمة، وفي المرخص فيه، فليعلم أن البيع للطعام قبل قبضه لما نهى الشرع عنه وقع العقد فيه فاسداً لمخالفة الشرع. فإذا فسد وجب ردّه. فإذا كان الطعام ا لمبيع قبل قبضه حاضراً ونقض البيع فيه رد بعينه إلى يد بائعه إن كان قبضه منه المشتري أو أبقاه في يديه إن لم يقبضه منه المشتري، وسقط الثمن عن المشتري إن لم يدفعه أو يرد إليه إن كان قد دفعه. وإن كان الطعام المبيع قبل قبضه غاب مشتريه بهذا الطعام ولم يمكن ردّه من يديه فإنا إذا نقضنا البيع بإخراج الثمن واشترينا به طعاماً مثل الذي بيع/ قبل القبض[1] ذلك لبائع الطعام عروض طعامه الذي وجب رده عليه. فإن كان ما اشترى[2] باعه فقد تحقق الفسخ، ولا تراجع بين هذا المشتري والبائع. فإن نقص الثمن المأخوذ منه عن الطعام الذي نقصان ردّه عليه كان ما نقص من المكيل ديناً على المشتري يطلب به إذا وجد. وإن كان الثمن المأخوذ يزيد على ما يشتريه من الطعام للبائع لم يشتر له من الثمن إلا مقدارَ ما باعه، وما بقي من الثمن يوقف للمشتري الغائب. هكذا ذكر **ابن المواز** في كتابه، واقتصر على رد هذا الطعام إلى يد بائعه قبل أن يقبضه وهو[3] ممن باعه منه أيضاً، وقدّر أن هذا الكيل الذي رددنا له عليه الطعام المبيع يكتفي به عن كيل البائع له هذا الطعام الذي باعه منه، لأن البائع لم ينقد في بيعه، وإنما بقي عليه التوفية بالكيل ليتميز المبيع من ملكه، وينتقل إلى ضمان المشتري منه. وهذا الكيل الذي (أكيل قضى من مشتريه الغائب يقبض)[4] فيه بالكيل على

---

(1) فراغ مقدار كلمة، ولعلها: رُدَّ.

(2) كلمتان غير مقرؤتين ولعلهما: مساوياً لِمَا.

(3) هكذا في النسخ، ولعل الصواب حذف الواو.

(4) هكذا في النسخ.

رده إلى يد البائع الثاني الذي باعه قبل قبضه، لكون هذا الكيل قد ميّز له هذا الطعام من ملك البائع، وعلم به أنه قد استوفى جميع ما باعه منه البائع. (ولو رددناه إلى يد البائع الأول لم يقرّ في يده حل لغيره إلى هذا البائع الثاني الذي اشتراه منه)[1]، فلم يكن في هذه الاعادة إلى يد البائع الأول، فسقط اعتبارها ولم يأمر بها. لكن أمر بها في **السليمانية** على جهة الاستحسان، ورأى أن هذا الطعام، الذي يشترى بحكم القاضي على/ الغائب، إنما اكتيل بحق البائع الثاني حتى يرد إليه ما باعه بيعاً فاسداً، ويتحقق النقض فيه والفسخ له. فإذا صار في يديه بقي ما كان على البائع الأول من التوفية، فيجب أن يرد ذلك إليه حتى يسلم إلى مشتريه فيكون حينئذ مشتريه كالبائع له بعد أن قبضه، وقدّر في هذا القول أنا إذا رددناه إلى يد هذا البائع الثاني، وهو مشتريه الأول، وسلطناه على بيعه والتصرف فيه من قبل أن يصيّره إلى يد البائع الأول، صرنا كالممكنين له من التصرف في الطعام وبيعه قبل قبضه. وقد روي في الحديث أنه عليه السلام **نهى عن بيع الطعام حتى يَجري فيه الصاعان: صاع البائع وصاع المشتري**[2]. وهذا يقتضي ظاهره ألا يمكن المشتري الطعامَ من بيعه حتى يكتاله عليه البائع، ويجري صاع البائع فيه، ثم من بعد ذلك يَجري صاع المشتري فيه إذا باعه من آخر مكيل له عليه.

---

(1) هكذا في جميع النسخ.

(2) نيل الأوطار ج 5 ص 260.

فصل

فيما يجري مجرى البيع احتياطاً وحماية للذريعة

(فاعلم أنا بيّنا ما سلف أحكام بالعقد من البياعات في الأطعمة قبل قبضه إذا ذكر الآن ما ألحق بذلك بسببها له بالبيع)[1] فمن ذلك:

المواعدة على بيع الطعام قبل قبضه، فإنا نهينا عنه.

وقد اختلف في المواعدة على الصرف، فأجيزت في قول، ومنعت في قول، وكرهت في قول ثالث. وبعض أشياخي يذكر إجراء المواعدة على بيع الطعام قبل قبضه على هذا الاختلاف في المواعدة في الصرف، لأن المواعدة على الصرف ليست بعقد له، ولكنها يُتطرق بها إلى العقد، وكذلك المواعدة على بيع الطعام قبل قبضه ليست بعقد ولكنها يتطرق بها إلى عقد منهي عنه، كما نهي عن الصرف المستأخر. وكذلك أيضاً من اشترى طعاماً ثم عقد على نفسه بيع طعام آخر ينوي أن يقبضه من هذا الذي اشتراهُ، فإن **ابن المسيب** نهى عن ذلك، وقدر أنه[2] عقد على نفسه بيع طعام يوفيه من هذا الطعام الذي اشتراه، صار كأنه بهذا الذي نواه وأضمره كبائع هذاالطعام قبل قبضه لما عقد على نفسه ما عقد، وبأنه أن يدفع هذا الطعام الذي اشتراه ولم يُكَل له، وهذا المشهور عندنا في المذهب. لكن **أشهب** أجاز ذلك، ورأى أن القصة[3] لا تأثير لها ولا يتهمان على أن هذا العقد إنما وقع على هذا الطعام الذي اشترى ولم يُكَل، واحتج على ذلك بأن من عليه الطعام فطُلِب به فاشترى بنية أن يقضيه من الطعام الذي طلب، فإن ذلك لا يمنع منه ولا ينهى عنه، لكون النية ها هنا لا تأثير لها.

---

(1) هكذا في جميع النسخ.

(2) هكذا، ولعل الصواب إضافة: لمّا؛ ليستقيم النص.

(3) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: النيّة.

وأشار أيضاً إلى أن من أخذ سلماً على تمر ونيته أن يقضيه من تمر عنده لم يزه، فإنه لا ينهى عن ذلك؛ ولا يكون بنيته هذه كبائع تمر قبل الزهوّ. فكذلك لا يكون من اشترى طعاماً ثم عقد على نفسه بيع طعام ينوي أن يقضيه من هذا الذي اشتراه، فإنه لا يكون بهذه النية بائعاً له قبل قبضه.

واحتجاجه ها هنا بكون المطلوب بالطعام يباح له أن يشتري طعاماً ينوي أن يقضيه فيما عليه من طعام، فإنه لا يلزم، لأنه ها هنا يضطر إلى هذه النية إذا طلب بطعام وجب عليه أداؤه وهو لا يملكه، فإنه لو نهي ها هنا عن هذه النية لكان كالمنهي عن أن يقضي شيئاً ترتب عليه، وهذا لا يصح النهي عنه، بل ورد الشرع بالأمر بقضاء الحقوق. وأيضاً فإن هذا إنما نوى أن يقضي، والقضاء ليس بعقد بيع، ومن اشترى طعاماً فلم يكتله حتى عقد على نفسه بيع طعام آخر، فإنه في مندوحة عن هذا العقد وغير مضطر إليه. وأيضاً فإنه يتصور فيه أنهما تعاقدا في الباطن على أن مرادهما بالعقد على طعام غير معين هذا الطعامُ المعينُ/ ، فيكون أبطن بيعه قبل قبضه، والبيع ها هنا بخلاف القضاء لطعام وجب عليه.

وأمّا ما أشار إليه من الاحتجاج بالثمرة التي لم تزه، وكون من أخذ سلماً على ثمر ونيته أن يقضيه من ثمر عنده لم تزه، فإنه لا يمنع من ذلك، ولا يقدّر بهذه النية أنه باع الثمرة قبل زهوّها، فإن هذا أيضاً قد ينفصل عنه بأن ما في الذمة من الثمن جنس نوع مخالف لما في شجره من بلح أو طلع فلم ينو القضاء من النوع الذي هو آت.

(ولو مات رجل، ما عليه من الثمن لم يدفع فيه هذا البلح الذي كان حين العقد، ومن اشترى طعاماً ثم باع طعاماً في ذمته ونوى أن يقضيه من الطعام الذي/ اشتراه، فإنما اشتراه ما يقتضيه مثلان، ولرجل عليه في ذمته من الطعام ويدفع الطعام الذي كان في ملكه وقت العقد على ما في ذمته وهذا الذي صار في ذمته)[1] وقد كنا قدمنا في تعليل النهي عن ربح ما لم يضمن أن ما كان في

(1) هكذا في جميع النسخ.

ضمان البائع يبطل العقد بتلفه، فكأن بائعه باع ما لم يستقر ملكه عليه، ولا ينفذ بإمضاء العقد فيه. وذكرنا أن الطعام خص بذلك عند **مالك** لما أشرنا إليه من التعليل. وهذا لا يتصور فيمن عقد على ذمته تمراً ونوى أن يقضيه من تمر عنده، وهو بلح أو طلع، إذا صار تمراً، لأن تلف هذا الذي في الشجر لا يبطل العقد في الثمن[1].

وإذا وضح هذه الطريقة في التعليل كان الأوْلى ما ذهب إليه **أشهب** من كون النية غير مؤثرة، لكن احتجاجه بما ذكرناه قد ينفصل عنه بما أشرنا إليه. واحتجاج **أشهب** بمن عليه طعام فطلب به لا يمنع أن يشتري طعاماً ينوي أن يقضيه مما عليه، يشير إلى أن هذا عنده مما لا يخالف فيه. لكن أشار إلى ذكر خلاف فيه. وذكر **ابن حبيب** أن الطالب لهذا الطعام الذي في الذمة لا يعين المطلوب على الشراء، ولا يدُلُّه على ما يشتريه، ولا يبقى[2] له فيه. وهذا أيضاً احتياط، لأنه يجتمع مع نية المطلوب أن يقضي من هذا للطالب له على الشراء، فكأنهما تواطآ على بيع الطعام قبل قبضه بأن يكون المطلوب إنما اشتراه لهذا الطالب وملّكه إياه قبل أن يكتاله.

(1) هكذا في جميع النسخ ولعل الصواب: التمر.
(2) كلمة غير واضحة في جميع النسخ.

فصل

فيما يعد من الأطعمة كالبيع لها قبل أن تقبض.

اعلم أن هذا أصل اضطربت فيه الرواية. الحديث إنما ورد بالنهي عن بيع الطعام قبل قبضه، ولم يرد بالنهي عن قضائه. وهكذا قدمنا عن بعض أشياخنا أنه يرى أن حقيقة البيع يختلف فيها هل هي التعاقد أو التقابض؟. فإن قلنا: إنها التقابض حسن ها هنا إجراء القضاء مجرى البيع. فإذا كان أسلم زيد لعمرو في عشرة أقفزة قمحاً، وأسلم عمرو لزيد في مثلها، فأرادا أن يتقاصّا ويتباريا فإن اختلف رأس المال لم تجز المقاصة، وإن اتفق رأس المال ففي ذلك قولان: منعه ابن[1] وأجازه **أشهب**. وسبب هذا الاختلاف أن بيع الطعام قبل قبضه قد قررنا منعه، والإقالة من الطعام على رأس المال قدمنا جوازه، وعلى أقل من رأس المال أو أكثر قررنا منعه، لأنه إن أقال على أكثر من رأس المال ظُن بهما أنهما أبطنا دفع دنانير في أكثر منها، وذُكِر الطعام محللاً، وتعاقدهما في الباطن سلف بزيادة؛ وإن أقال على أقل من رأس المال يكتب[2] هذه إقالة لما قدمناه مما تشعر به هذه اللفظة، ولما ذكرناها وذكرنا اشتقاقها، وإذا لم تكن إقالة فهي بيع، وبيع الطعام قبل قبضه ممنوع، فإذا وقعت المقاصة ها هنا ورأس المال مختلف فيه، وأجرَيْناهَا على مقتضى هذه العبارة، وهي بيع طعام بطعام قبل أن يقع فيهما قبض، وأن ذلك ممنوع، وإذا عدلنا بهما على مقتضى هذه اللفظة إلى ما قد يؤول إليه معناها/ وهي التقايل على رأس المال فإن رأس المال مختلف، والإقالة عليه لا تجوز، كما قدمناه. وإن اتفق رأس المال **فابن القاسم** أجراهما على مقتضى هذه اللفظة وهي إسقاط طعام بإسقاط طعام مثله، وهذه مبايعة

(1) فراغ في جميع النسخ، والأقرب أن يكون: ابن القاسم، لِما سيأتي قريباً.
(2) هكذا في الجميع والكلمة غير واضحة.

لطعام بطعام قبل القبض. وإن أجرينا على أن هذه المتاركة تؤول إلى الإقالة وكأن كل واحد منهما أقال صاحبه على ردّ رأس المال، فقد صار هذا التعاقد بينهما له مصرفان: أحدهما وهي مبايعة طعام بطعام قبل أن يقبض. والثاني: يجوز، وهي تقايل طعام لم يقبض، فهل يصرف ذلك إلى مقتضى اللفظ، وإلى الوجه المحرم، واحتياطاً للعقود، ويعدل[1] عن مقتضى اللفظ إلى ما يصل إليه معناه مما هو مباح. هذا أصل مضطرب فيه، وقد اختلف لفظ **المدونة** في بيع ثوب بمثله إلى أجل، مُنع ذلك تارة اتباعاً لمقتضى اللفظ، ومقتضاه يشعر بالمكايسة وطلب المنفعة، وقال في موضع آخر: إن قصد بذلك مسلف الثوب منفعة نفسه لم يجز، وإن قصد منفعة المسلَف جاز ذلك. فاعتبر المعنى والقصد دون اللفظ.

وقد أتبع هذه المسألة في المقاصة بلفظ مشكل فقال: تمنع المقاصة. كما لو كان ذلك على رجلين، هل مراده بذلك أن يكون لزيد على عمرو، ولخالد على بكر، طعام، فيتقايلون جميعاً، بأن يأخذ هذا ما على غريم هذا؟ وهذا يتضح فساده لكونه بائعاً للطعام قبل قبضه، ولا تتصور ها هنا إقالة، فيحسن الخلاف فيه. وقيل: مراده بهذا أن يكون مَن عليه طعام أُسلم إليه فيه، أحال المسلَم إليه على طعام له في ذمة رجل، فإن هذا البيع[2]، لكون هذه الحوالة بيع[3]، وبيع الطعام قبل قبضه يمنع. لكن هذا فيه اختلاف، **فابن القاسم** يمنعه، ويرى أن تحول من له السلم إلى ذمة أخرى أُحيل عليها ليأخذ طعامه منها بيع لما أسلم فيه قبل قبضه. ويرى **أشهب** أن ذلك لا يجوز إذا تساوت رؤوس الأموال في هذين الطعامين.

وأشار بعض الأشياخ إلى معارضة اشتراط تساوي رأس المال ها هنا، لأنا إنما اشترطناه على مذهب **أشهب**، في المقاصة التي قدمناها، ليكون كل واحد من المتقاصَّيْن له على صاحبه مثل ما لصاحبه عليه، فيقدّر أنهما تقايلا، والإقالة

---

(1) هكذا في الجميع، ولعل الصواب: أو

(2) هكذا في الجميع، ولعل الصواب: بيع

(3) هكذا في الجميع، ولعل الصواب بيعاً.

لا بد فيها من اعتبار رد رأس المال من غير زيادة ولا نقصان، وها هنا الذي عليه السلم دفع إليه رأس المال رجل غير الرجل الذي دفع إليه من عليه السلم رأس المال في الطعام الذي أحال عليه به، فلا يُتصور ها هنا أن يكون رجل دفع دنانير ورجع إليه أكثر منها، لكنه يزيد في هذا الاعتراض لكون المحال يحيل على من أحاله، والذي أحاله ها هنا لا يجوز له أن يقيل إلا على رأس المال، وكذلك المحال من جهته. وقد ذكر أن **أشهب** يرى هذا كالتولية في هذه المسألة التي/ ذكرنا الاعتراض فيها، والتولية أيضاً لا تكون إلا على مثل رأس المال.

ورأيت بعض أصحاب الشافعي ذكر أن بعضهم في هذه المسألة مثل الذي حكيناه عن ابن القاسم.. واحتج للمنع بأن النبي عليه السلام نهى أن يباع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري فيه[1] فوجب المنع منه. لكنه ذكر أن المسلم إليه في الطعام لو قبضه من غريمه بمكيال، وسلم إلى من له عليه السلم بذلك المكيال/ قبل أن يفرغه، فإن فيه عندهم وجهين: أحدهما المنع قال: وهو المذهب المشهور. والثاني: الجواز. فالمنع لكونه طعاماً لم تجر فيه/ الصاعان. والجواز لأنه إذا أسلمه في مكيال له صار ذلك كابتداء الكيل، واستدامة الكيل ها هنا كابتدائه. كما يجوز لمن له طعام في ذمة آخر أن يقبض منه وقد ملأ المكيال من عليه الطعام قبل أن يطلبه هذا به، ولا فائدة في تفريغ هذا المكيال وإعادته على حسب ما كان من غير زيادة ولا نقصان ومقتضى أصل مذهبنا نحن الاكتفاءُ بهذا، ولا يكلف تفريغَ المكيال وإعادتَه على حسب ما كان. وقد أجاز في **المدونة** إذا اكتال طعاماً بحضرة رجل أن يبيعه من ذلك الرجل المشاهِد لكيله إذا لم يكن بينهما في ذلك ـ وأي[2] ولا عادة. وهذا يشعر بأنه (لا يوجب أن يشعر)[3] في صبّ الطعام في المكيال بعد عقد البيع.

ومما يجري على هذا الأسلوب أن من عليه طعام أسلم إليه فأحال المسلم

---

(1) البيهقي: السنن الكبرى: 5/315، 316.

(2) أي: وَعْدٌ

(3) هكذا في الجميع، ولعل الصواب: لا يجب أن يشرع.

إليه على طعام له في ذمة رجل، فإن **ابن القاسم** يمنع من هذا، كما حكيناه عنه، ويجوّز أن يدفع من عليه السلم لمن أسلم إليه مثل رأس المال يشتري به طعاماً، فيقبضه مما عليه، لما كانا قادرين على أن يجعلا هذا الدفع لرأس المال إقالة من الطعام، ولا يمنعان من ذلك. وهذا كالموافقة **لأشهب** في ذهابه إلى جواز المقاصة التي ذكرناها لما كانا قادرين على أن يجعلاه إقالة، إذا تساوت رؤوس الأموال بصرفها عما ظاهره بيع الطعام قبل قبضه، لما تقاصّا فيه، إلى الإباحة لما كانا قادرين (على أن يعتبرا عن ما فعلاه)[1] بلفظ يفيد معناه ما هو مباح لهما، وهو الإقالة. لكنه عورض **ابن القاسم** في هذا بأنه ينبغي أن يجيز الحوالة بطعام السلم على طعام المحيل في ذمة آخر، على حسب ما ذكرناه، لأنه إذا أجاز أن يشتري برأس المال طعاماً يكون وكيلاً على شرائه لمن عليه السلم لم يقبضه نيابة عنه، فيكون قضاء مما له عليه، فذلك ينبغي أن يجيز الحوالة بمالَه من طعام على طعام في ذمة آخر، على حسب ما ذكرناه عن أشهب.

وهذا الإلزام مما ينظر فيه، كما نبهنا عليه من كونهما قادرين على أن يجعلا هذا المدفوع من رأس المال إقالة، فلا يتهمان على القصد إلى محرم، وهو بيع الطعام قبل قبضه. ومن أُحيل بطعام له في ذمة على طعام في ذمة آخر غير قادر على تحصيل هذا الفعل من طريق أخرى مباحة على حسب ما قدمناه. فلو كانت هذه الوكالة على شراء بأكثر من رأس المال لمنِعت، لأنهما غير قادرين على الإقالة بأكثر من رأس المال.

فلما لم يكن لهما في هذا الوجه مصرف إلى المباح اتُّهِما على قصد الحرام. لكنه لو ثبت أن الوكيل ها هنا اشترى الطعام بأكثر من رأس المال الذي دُفع إليه بحق وكالته عليه، وقبضه بعد أن اكتاله نيابة عمن له عليه السلم، لنفذ ذلك، ولم يردّ.

ولو دفع إليه أقل من رأس المال فإن **ابن القاسم** يمنع من هذا، كما يمنع أكثر من دفْع رأس المال، لكن لكون الإقالة أقل من رأس المال لا تجوز في الطعام. **وأشهب** يمضي ذلك ولا يفسخه، لأن التهمة تتضح إذا دفع إليه أكثر من

(1) هكذا في جميع النسخ.

رأس المال، لتصوّر قصدهما إلى سلف وزيادة: دفع إليه مائة دينار في طعام ثم أعطاه عند الأجل مائة وخمسين ليشتري له بها طعاماً، ويقبضه مما له عليه. صورة الفعل يقتضي المنع. وإذا دفع إليه مثل رأس المال لم تتطرق التهمة ها هنا، وهي (كبيعه بعد)[1] لا يتهم فيها جميع الناس، لأن التهمة ها هنا إنما تتصور في أن يكونا قصدا إلى بيع الطعام قبل قبضه، لما دفعا أقل من رأس المال. وإذا دفع أكثر من رأس المال تطرقت التهمة إلى بيعة أجلٍ، وهي أن تكون المائة دينار المدفوعة عند عقد السلم المقبوض إلى أجل أعيد عوضها مائة وخمسين[2]،/ وبيعة الأجل متهم فيها كسائر الناس عندنا. هكذا يرى بعض أشياخي أنهما لو تقايلا على مثل رأس المال سواء، ثم دفع إليه عوضه عرضا، فإنه يمنع عند **ابن القاسم**، لئلا يكونا تقايلا على هذا العرْض المدفوع، فيقعان في بيع الطعام قبل قبضه. ويجوز على أصل **أشهب**، لأن هذه التهمة في معاملة نقدية ومعاملة النقد لا يتهم فيها ما بين الناس. وهذا أيضاً مما ينظر فيه لأن العوض مما تختلف الأغراض فيه مع الطعام اختلافاً ظاهراً، فيُتّهمان على القصد إلى بيع الطعام قبل قبضه، وإذا دفع أقل من رأس المال في المقدار، فلا تختلف في هذا الأغراض اختلافاً ظاهراً، مثل ما يختلف ما بين العرض والطعام.

ولو كانت هذه الوكالة ممن له السلم، بأن يقول لمن عليه السلم: بع مالي عليك، وجئني بثمنه. فإن هذا لا يجوز، وإن جاءه برأس المال، لأن قصارى ما يتصور فيها من الوجه المباح أن يكونا تقايلا على رأس المال الذي جاءه، وهو إنما جاء به بعد افتراقهما، وبعد حين من زمان الوكالة، والإقالة لا يجوز فيها التأخير، والإقالة وإن كانت مباحة عرَض ها هنا ما أفسده[3] فمنعت. بخلاف إذا كانت الوكالة ممن عليه السلم لمن له السلم بأن يشتري له بما أعطاه من رأس المال طعاماً، ويقضيه من نفسه. لأن هذه الإقالة إذا تصورت لم يقع فيها تأخير يفسدها.

(1) هكذا في النسختين.

(2) هكذا، ولعل الصواب: مائة وخمسون.

(3) هكذا، ولعل الصواب: أفسدها.

فصـــل

اعتبار الملك للطعام الممنوع بيعه قبل قبضه.

اعلم أن الطعام يملك من طرق مختلفة. وليست كل الطرق يمنع فيها من بيع الطعام قبل قبضه، ولا كلُّها يباح/ له ذلك فيها. فوجه اتباع لفظ صاحب الشرع في هذا وهو ﷺ قال: «**من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه**»[1] فاقتضى هذا أن من ملكه، بوراثة أو هبة أو اقتراض أو من مغنم أو من صدقة، فإنه لا يمنع من بيعه قبل قبضه، إذ لو كان ذلك ممنوعاً لقال «من ملك طعاماً» ولم يقل «من ابتاع طعاماً» وتقييد التحريم بالبيع. وهذا يتضح الاستدلال به مع القول بدليل الخطاب، مع أنا كنّا قدمنا أن **الشافعي** منع من بيع كل شيء قبل قبضه، للحديث الوارد **بالنهي عن ربح ما لم يضمن**[2]. ونحن خصصنا بهذا الطعامَ خاصة وقد تقرر أن من وهب طعاماً أو ورثه فإنه غير ضامن له، والحديث يشير إلى التعليل في منع البيع بالضمان، وبسطنا هذه العلة، وقلنا: إن الطعام إذا اشتُري ولم يكتل فإنه معرض للتلف، وإذا تلف انفسخ العقد، وانفساخه يتضمن أن العقد لم يحصل فصار البيع قبل الكيل فيه غرر بكونه باع ما لا يدري هل يستقر عقده عليه أم لا، ومن ورث طعاماً أو وهب له فإنه لم يحصل ذلك بعد معاوضة فيكون معتبراً به الغرر في حصول الملك، مع كون التهمة في كون هذا الطعام المبيع يتحيّل فيه على سلف بزيادة لا يتصور في الهبة والميراث، فروعي الغرر في عقد البياعات، ولم يراع في الهبات، وأمكن التحيّل على ما لا يحل

(1) تقدم تخريجه.

(2) جزء من حديث ـ أخرجه أحمد: 2/174 والترمذي: حد: 1234. وأبو داود: 3504.

في البياعات، ولم يمكن في المواريث والهبات، افترق الحكم في ذلك. لكن ربما منع الوارث والموهوب من جهة أخرى، وهو كونه يحلّ محل من صار ذلك إليه من جهته.

فإذا ورث طعاماً أسلم فيه أبوه، ولم يقبضه فإن الوارث يمنع من بيعه قبل قبضه، لأنه إنما يورث المال على ما هو عليه، وقد كان هذا المال ممنوعٌ بيعه قبل قبضه على أبيه، فسرى هذا الحكم إلى الولد الوارث.

وكذلك من وهب طعاماً أسلم فيه أو تصدق به فإن الموهوب/ له هذا الطعام والمتصدق عليه يمنعان من بيعه قبل قبضه، لكون من كان ذلك الطعام له ممنوعاً من بيعه قبل قبضه. لكن ذكر **مالك** في كتاب **ابن حبيب** أن الصدقة والهبة أخف، وقدر أن يد الواهب قد زالت عن هذا الطعام بالهبة ولم يبق له به تعلق، ومن صار الطعام إليه ليس بمبتاع، فلم يتأكد عنده منعه من البيع. كما فيمن اقترض هذا الطعام لأن يد المقرض باقية على هذا الطعام حتى يصير لمن اقترضه، ولوهلك قبل أن يقبضه المقترض، أو لو قبضه المقرض ثم أراد[1] لم يكن على المقرض شيء ولا مطالبة به. (فأشعر ذلك بأن يد المقرض باقية عليه حتى يقبضه المقترض، فإن قبضه المقرض ثم أراد المقرض أن يبيعه قبل قبضه لمنع من ذلك)[2]، لكونه بائعاً لطعام ملك أصله من بيع ولم يقبضه هو ولا وكيله، فلا يسوغ البيع له. ووقع في **الموازية**[3] جاء هذا في قليل من كثير، ورأى أن القليل من هذا السلم لا يمنع مقرضه من بيعه قبل قبضه إذا كان الأكثر لم يبعه حتى قبضه، لا سيما أن المقرض قد يتصور فيه أنه كالوكيل للمقترض على القبض، لأنه إنما يصير في ذمته بعد قبضه له وتمكنه منه، فصار في القبض كالنائب عن المقرض.

وقد ذكر في **الموطأ** بيع صكوك الجار، والمراد أنهم كانوا يكتب لهم

(1) هكذا في جميع النسخ.
(2) ما بين القوسين هكذا في جميع النسخ.
(3) فراغ بمقدار كلمة في جميع النسخ.

أَعطياتٌ في صحائف، وهي الصكوك، فيبيعونها، فنهى عن بيعها قبل قبضها لمن أعطيت له صلة[1]. وهكذا رأى **مالك** الأرزاقَ التي كانت تفرض لأزواج النبي ﷺ فيجوز بيعها قبل قبضها. لكن ما فرض للقضاة والمؤذنين فإنه يمنع من بيعه قبل قبضه لأنه في معنى عقود المعاوضة.

وهذا الكلام في الأطعمة المملوكة بعقد معاوضة مالية على الحقيقة، كمن اشترى طعاماً بعين أو بعرض، فإن العرض والعين مال على الحقيقة. فأمّا النكاح على الطعام فإن الزوجة أيضاً تمنع من بيعه قبل قبضه، وإن لم يتضح كون الانتفاع ببضعها مالاً على الحقيقة، لأن الزوج لا يمكن من بيعه كما يمكن من بيع ما ليس له من منافع الرباع والعبيد وغيرها، ولكن لما منع الشرع النكاح إلا بمال أُلحق بالعقود المالية. وأما الخلع فإنه أيضاً يمنع فيه من بيع الطعام قبل قبضه الذي خالع عليه الزوج، لأنه أخرج عن ملكه منافع البضع بالطعام الذي أخذ، كما ملكته هي منافع البضع بالطعام الذي أخذت، وإن كان النكاح أوضح لكونه لا يجوز بالغرر، ويجوز الخلع بالغرر على أحد القولين.

وأما دم العمد فإذا صولح فيه على طعام فإنه يمنع أيضاً من بيعه قبل قبضه. وهذا يتضح إذا قيل إن لولي القتيل أن يجبر القاتل على الدية إن لم يرض بدفعها للقاتل[2]، لأنه يكون على هذه الطريقة كمن أخذ طعاماً عن مال وجب له على رجل.

وأما الكتابة على طعام فإنه لا يجوز للسيد أن يبيعه، قبل قبضه له، من غير عبده، لأن الطعام ها هنا كالعوض عن رقبة العبد فهي معاوضة مالية، فلحقت بالبيوع والعقود المالية. وأما بيعه قبل قبضه من المكاتب إن عجل عتقه بهذا البيع جاز ذلك، كما يجوز غير هذا مما يحرم في المعاوضات، إذا عجل للسيد مما أخذ عن الكتابة عتق عبده، لأجل حرمة العتق ومعرفة[3] السيد على

---

(1) الموطأ: 2/168 حد: 1867.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: له.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مَعُونة.

تحرير رقبته، والعبد على التخلص من أسر الرق، فبعُد ها هنا تصور المكايسة من السيد وعبده. وإذا كان القصد الرفق والمعروف تغيرت الأحكام في العقود، كالعرايا التي رخصت فيها، واستثنيت من الأصل المحرم/ لما كان القصد فيه الإحسان والمعروف، على ما سيأتي بيانه في موضعه إن شاء الله.

وأما لو باع نجماً واحداً من الطعام وبقي العبد مطلوباً ببقية النجوم فإن في هذا اختلافاً: هل يمنع لفقد الدلالة على أنهما لم يقصدا المكايسة أو يجوز لكون الكتابة ليست بدين/ ثابت فيصير في ذمة المكاتب، على ما سيرد بيانه في كتاب المكاتب إن شاء الله.

ويلحق بما نحن فيه من تفصيل حال المالك تفصيل حال المالكين فإنه قد منع في كتاب الصلاة من **المدونة** أن يشتري المسلم من النصراني طعاماً اشتراه النصراني وأراد بيعه قبل قبضه، ورأى أن قوله عليه السلام «من **ابتاع طعاماً**. . .» الحديث، يخاطب به النصراني، كما يخاطب به المسلم، بناء على القول بأن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة، ومعاقبون في الآخرة على معصية الأوامر التي توجهت على المسلمين، وتوجهت عليهم ولكن بشرط أن يقدموا الإيمان. وإذا كان النصراني عاصياً في هذا الفصل لم ينبغ لمسلم أن يعينه على معصية، فلهذا نهى **مالك** رضي الله عنه أن يشتري من النصراني طعاماً لم يقبضه.

وقد عورض هذا بأن أم الولد النصراني إذا أسلمت بيعت عليه، مع كونه مخاطباً بأن لا يبيع أم ولده على هذه الطريقة، وإذا بيعت عليه فقد أعين على معصية في أخذ ثمنها.

وقد يعتذر عن هذا بأن بقاءها في ملكه محرم أيضاً فعدل عنه إلى ما هو أخف منه وهو بيعها لأجل الضرورة الداعية، ولا ضرورة بالمسلم في شراء طعام من نصراني لم يقبضه. ولعلنا أن نبسط الكلام في بيعها إذا أسلمت في موضعه إن شاء الله تعالى.

فصـــل

يلحق بالحق فيه بذكره لأجل ذكره في **المدونة** وهو أن من باع طعاماً على الكيل والوزن فإن ضمانه منه حتى يكيله لمشتريه أو يزنه له. وإنما كان ضمانه من البائع حتى يكال أو يوزن، لأجل أن على البائع تمييز البائع[1] عن ملكه وتمكين المشتري من قبضه. ولا يتأتّى هذا إلا أن يميز هذا الطعام المبيع ويعلم مبلغه، ولا يعلم ذلك إلا بأن يكال أو يوزن. فلهذا كان على البائع ضمان ما بيع على الكيل أو الوزن أو العدد، حتى يوفيه من ذلك ما عوقد عليه من كيلٍ أو وزن أو عدد. فإذا باع صبرة طعام على الكيل، وتبين أن عليه ضمانها وكيْلَها، فإنه إذا لم يفعل ذلك حتى هلكت فإنه لا يخلو أن يكون هلاكها بأمر من الله سبحانه لا صنع لأحد من الناس فيه أو يكون هلاكها من جهة الناس، إما البائع أو المشتري أو أجنبي. فإن كان هلاكها من الله سبحانه من غير صنع الإنسان فيها، فإن البيع ينفسخ لأنه إنما باع طعاماً معيناً، وليس عليه أن يخلفه إذا هلك، لأن خلفه ليس هو العين المبيعة فلا يلزمه، وقد يكون في غير[2] ذلك الطعام غرض لا يوجد فيما سواه فيكون العقد مقصوراً على عينه، فإذا ذهبت العين بطل العقد.

وإن كان تلفها من عند إنسان، وكيلها قد عرف، فإن على متلفها غرامة مثلها، إن كان أجنبياً أو هو البائع لها، وإن كان مشتريا عند[3] ذلك كالقبض لما أتلف.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المبيع.

(2) هكذا، ولعل الصواب: عين.

(3) في جميع النسخ: عِنْدَ، ولعل الصواب: عُدَّ.

وإذا وجب غرم المثل على البائع أو على أجنبي أتلفها فالبيع منعقد. وإنما بقي منعقداً ها هنا، بخلاف تلفها من قبل الله سبحانه، لأن الأجنبي إذا غرمناه مثلها وجبرناه عليه بحكم الشرع صارت الصبرة المتلفة كأنها لم تتلف، لكوننا قد جبرنا/ متلفها ها هنا على رد مثلها مكانها، فلا مضرة على البائع في بقاء العقد على ما هو عليه. والمشتري إذا اجتهدنا في القضاء على متلفها في إحضار مثلها على حسب ما كانت عليه فكأنه لا ضرر عليه في إلزامه أخذ هذا عن المتلَف[1]. ولهذا ألزمنا متلف طعام عرف كيله غرامة مثله، ولم يكن مقال لصاحب الطعام إذا أخذ مثل طعامه، لأنّا بالغنا في الاجتهاد في نفي الضرر عنه، لا سيما وهذا الذي أتلف صبرة مبيعة قد علم كيلها قد أبطل حقاً على البائع، وهو حل عقدته، وإبطال صفقته، وحقًّا على المشتري تعلق بعين الطعام الذي اشتراه. فإذا أغرمنا المتلف مثل المكيلة فقد قام بما عليه من الحقين: حقِّ البائع في أن لا يُحل عقدُه، وحق المشتري أيضاً في ذلك. وإذا تلفت بأمر من الله سبحانه، وطلبنا البائع بغرامة مثلها أضررنا به لإمكان أن لا يكون عنده ما يشتري به صبرة أخرى، وإذا لم يوجب عليه ذلك أشعر ذلك بانحلال العقد، فلا يلزم المشتري أيضاً قبول مثلها، وإن تطوع البائع بغرامة مثلها. هذا قصارى ما يمكن أن يذكر من وجه التفرقة بين التلف من قبل الله سبحانه أو التلف من جهة الأجنبي لأجل أن السّابق إلى النفس أن الطعام إن كان يراد لعينه كالعروض فإن العقد ينفسخ بتلف المبيع، كان تلفه من قبل الله سبحانه أو من قبل رجل أتلفه؛ وإن كان لا يراد لعينه كان القضاء بمثله هو الأصل كما يقضى في الدنانير والدراهم. لكن ما ذكرناه هو العذر عن التفرقة بين التلف من قبل الله سبحانه أو من قبل أحد من الناس.. وإن لم تتقدم معرفة بكيل الطعام فتلفه من قبل الله سبحانه يحلّ العقد أيضاً كما قدمناه.

فإن كان تلفه من قبل المشتري فإنه يعدّ ماضياً لما يتحرى فيه من المكيلة.

---

(1) في (ش): هكذا.

وإن كان تلفه من البائع أو أجنبي افترق الحكم: فأما تلفه من قبل البائع فإنه يتحرى مثل الطعام في الكيل فيغرمه البائع ويَقضيه المشتريَ ويتم العقد بينهما بقبضِه لذلك: وأما إن أتلفه أجنبي فإنه لا يتحرى المكيلة ها هنا بل تلزمه القيمة. وقد تكلم الأشياخ على الفرق بين هذين لأجل أن البائع عليه غرامة ما أتلف، فتعلق حق المشتري به. وكذلك على الأجنبي لتعلق حق صاحب الطعام عليه في المطالبة بغرامة ما أتلف. فإما أن يكون التحري واجباً فيهما كما يجب رد مكيل ما علم من المكيلة فيهما جميعاً إذا أتلفاه، أوْ لا يكون التحري ها هنا يقوم مقام العلم بالمكيلة، فيكون الواجب القيمة كما يجب في إتلاف العروض التي/ ليست بمكيلة ولا موزونة.

وقد اعتذر عن هذين[1] منها: أن البائع يمكن أن يعلم كيل الصبرة التي باع، ويكتم ذلك حتى تلزمه القيمة إذا أتلفها، ليشتري بالقيمة طعاماً أقل مما كان في الصبرة من الكيل، ينصر فإن[2] هذا الضرر عن المشتري بأن يُتحرى ما فيها فإذا كلف غيره التحريَ مما[3] لا يتهم ارتفع الضرر عن المشتري.

وهذا الاعتذار مبناه على التهمة، وهي ها هنا لا تتضح.

واعتذر بعض الأشياخ بعذر آخر، وهو أن الأجنبي إذا أتلف هذه الصبرة فألزمناه مثلها تحرياً، فإنّا لا نأمن أن يغلط في التحري، فيَلزمه أكثر مما أتلف أو أقل، فيكون هذا يوقع في إباحة التفاضل بين طعامين مثليّيْن مما فيهما الربا.

واعتذر بعض الأشياخ عن هذا أيضاً، بأن الغلط في التحري لا يظهر فيه كبير ضرر بالبائع، لأنه يأخذ ثمن ما أغرمناه تحرياً، فإن نقص/ أو زاد عن تلك الصبرة علة[4] لم يذهب من ماله شيء بغير عوض. والأجنبي إذا غلطنا عليه في

---

(1) فراغ في جميع النسخ بمقدار كلمة، ولعلها: بوجوه.
(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: ينصرف.
(3) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: ممّن.
(4) هكذا في جميع النسخ.

التحري أضرّ به، لأنه قد يذهب ماله بغير عوض إذا رددنا عليه مقدار ما أتلف.

وإذا تقررت هذه الفروق المذكورة بين البائع والمشتري، وكان الواجب أن يقضى على الأجنبي بالقيمة فماذا يصنع بهذا؟

أمّا **ابن القاسم** فإنه ذهب إلى أنه يشتري بهذه القيمة طعاماً (هل المنع)[1] المتلف فيقبضه المشتري على حسب ما ذكر في **المدونة**. وروي في غير المدونة عن **أشهب** مثل هذا. لكن ينبغي أن يعلم إذا ثبت على هذا المذهب أن هذه القيمة إذا أردنا أن نشتري به طعاماً فوجدنا السعر قد تغير فإنه إن كانت هذه القيمة يشترى بها أكثر من المكيلة التي وقع التعاقد عليها، فإنا لا نشتري إلا مقدار المكيلة، ويبقى ما فضل من القيمة لبائع الصبرة، لأن ضمانها كان منه فربحها له، وإن اشترى بها أقل من المكيلة التي وقع التعاقد عليها، فإن ذلك يجري مجرى الاستحقاق، والاستحقاق في الطعام إذا كان في اليسير منه لم يكن للمشتري فسخ العقد، لأجل ما استحق، وإن كان في الكثير كان له فسخ العقد. فكذلك العاجز ها هنا عن مقدار المكيلة التي تعاقدا عليها، ينظر فيه هل هو كثير فيكون للمشتري فسخ العقد، أو يسير فلا يكون له فسخ، وإنما يكون له أن يحط من الثمن مقدار ما عجز عن ما وقع التعاقد عليه؟ ولا يغير هذا الحكم كون هذا العاجز[2] ليس من قبل البائع بل هو من قبل الله سبحانه، فيجب ألا يكون للمشتري مقال في فسخ العقد لأجل العاجز[1] قلّ أو كثر، كما لا يكون له مقال في الثمرة إذا أُجيحت جائحةً أتت على أكثرها. بل تُوجَب له مقال ها هنا في هذا العاجز[1] عن مقدار ما تعاقدا عليه من الكيل إذا كثر. كما لو اكترى داراً فانهدم الكثير منها، أو اشترى جاريتين فماتت في المواضعة أرفعهما، فإن للمشتري مقالاً، وإن كان الموت والهدم من قبل الله سبحانه. وسنتكلم على أصول هذه المسائل إن شاء الله عند كلامنا في الاستحقاق وحكمه.

---

(1) هكذا في جميع النسخ.

(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: العجز.

ولو كان هذا الأجنبي المتلف لهذه الصبرة معسِراً لكان من حق المشتري أن يفسخ العقد، ولا يلزمه انتظار يسر هذا المتلف، بل يكون هذا مما له الخيار فيه إن شاء صبر، وإن شاء فسخ، كعيب يجده المشتري، إن شاء رضي وإن شاء فسخ العقد. ولو تطوع ها هنا البائع بأن يشتري طعاماً بالقيمة لارتفاع[1] خيار المشتري في هذا لارْتفاع الضرر به، لوجود المبيع يقبضه في الحال. وذكر **ابن المواز** عن **أشهب** أن هذا المتلف إذا أغرمناه القيمة انفسخ عقد المشتري، إلا أن يقر هذا المتلفُ بمكيله لكونه قد علم مقدار ما أتلف، فإن بائع الصبرة بالخيار إن شاء كذبه وأخذ منه القيمة، وإن شاء صدقه وأخذ منه المكيلة بعد أن يستحلفه عليها. ثم يكون للمشتري الخيار في أخذ المكيلة أو المطالبة بالقيمة وبأن يشتري له بها طعاماً، أو يفسخ البيع عنه.

وما ذكرناه عن أشهب من وجوب انفساخ البيع إذا ألزمنا المتلف القيمة فإنما ذلك لِما تقدمت الإشارة إليه من كون إلزامنا متلف ما عُلِمت مكيلته على المكيلة يقدر فيه أن المكيلة/ التي وقع التبايع فيها كأنها لم تتلف. وإذا ألزمناه القيمة فلا شك أن القيمة ليست مثل المكيلة المبيعة/ وإذا لم تكن مثلها فقد تلف المبيع ولم يحضر ما يسد مسدّه، فوجب فسخ العقد هنا مع كون البائع إذا ألزمناه الشراء بالقيمة وحَلِفه ذلك[2]، ألحقنا به ضرراً لم يلزمه في عقد البيع، فيمنع من تكلف الشراء بالقيمة لما عليه في ذلك من مشقة، فكان له فسخ البيع لأجل هذه المشقة. كما قيل فيمن اشترى طعاماً واطلع على عيب بعد أن أتلفه: إن شاء أخذ القيمة فيه للعيب، لأجل ما يتكلفه من المشقة في شراء الطعام المعيب، وإن شاء يكلفه شراءه ورد مثله. وكأن **ابن القاسم** يرى أن الضرر بالمشتري في فسخ عقده أشد من الضرر في إلزام البائع تكلف الشراء، فكان من حقه المطالبة بتمام العقد. وقد ذكرنا اختلاف أقسام هذه الأحكام وذلك (إذا ثبت كل قسم)[2].

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: لارْتفع.

(2) هكذا في جميع النسخ.

فأما إن ثبتت دعوى تلف (الفسخ إلا)[1] بقول البائع: إنه تلف، فإن المنصوص من **ابن القاسم** في **المستخرجة** أنه يكلف إحضار قمح مثل ما تحريناه في المبيع، ويكال للمشتري. ومقتضى ما ذكره في هذا الأصل في كتاب السلم من **المدونة** أن يحلف على إتلافه من قبل الله سبحانه، وينفسخ البيع. فوجه تكليف غرامة مثله لتطرق التهمة إليه في أنه قدم على عقد البيع فيه فأخفاه، وادعى ضياعه، لينفسخ البيع وهو مضمون في الأصل عليه، /فلم يسقط الضمان بدعوى أمر يتهم فيه. ووجه فسخ البيع إذا حلف أن ما ادعاه من الضياع لو ثبت لانفسخ البيع ودعواه لذلك ممكن صدقه فيها، ولا دليل يثبت هذه التهمة التي أشار إليها للآخرين، فلم يلزم بيع شيء لم يبعه بإمكان كونه كاذباً في خبره. فذكرنا أيضاً حكم تلف هذا القمح المبيع على الكيل من قبل البائع وأوجبنا عليه غرامته. فلو كان باعه لم يجز لربه أن يجيز بيعه ويأخذ الثمن، لأنه يكون بيعاً للطعام قبل قبضه. وكذلك لو أكله لم يكن له أخذ عوض عليه سوى مثله، لأنه لو أُبيح له ذلك لكان بائعاً للطعام قبل قبضه، وذلك ممنوع.

هذا حكم الطعام إذا بيع على الكيل.

وأما إذا بيع جزافاً فإنه إن مكّن بائعه مشتريه من هذا الطعام سقط الضمان على البائع، وانتقل إلى المشتري، فيكون التعدي عليه تعدياً على مال المشتري، فيطلب بالقيمة من أتلفه، بائعاً كان أو أجنبياً. وإن احتبسه البائع بالثمن فإن ذلك جار على اختلاف قول **مالك** في المحتبسة بالثمن، هل يبقى الضمان على البائع لأنه لم يمكّن للمشتري من المبيع، أو لا يبقى عليه ويكون احتباسه كارتهان المشتري له؟ فإن قلنا: إن ضمانه من مشتريه، كان الحكم فيه ما قدمناه من الحكم فيه لو مكن بائعه مشتريه منه، سوى أن يكون التلف من جهة البائع وتعديه، فإنه قال **ابن القاسم** ها هنا: إن لمشتريه أن يفسخ البيع عن نفسه لما كان المنع من هذا البيع من جهة البائع، وله أن يطالبه بالقيمة. وذكر

(1) هكذا في جميع النسخ.

في مثل هذا أيضاً أن قائلاً لو قال: تلزمه القيمة، قلّت أو كثرت، لم[1] مجرى القول في كون المشتري مستحق المطالبة للبائع بالقيمة. ورد القول في هذه الرواية الثانية في كونه لا يستحق الفسخ. ولو أتلفه البائع ها هنا ببيْعه له لكان للمشتري أن يجيز بيعه، ويأخذ الثمن، لأنه لم يبع على كيل أو وزن قد انتقل ضمانه إلى مشتريه، فأشبه العروض. وإن قلنا: إن ضمان هذا الطعام المحتبس بالثمن من البائع إن فسخ البيع، كان التلف من قبل الله سبحانه أو من أجنبي أو من بائعه، لكنه إن كان التلف من بائعه بأن باعه فإن تمكين المشتري من إجازة البيع وأخذ الثمن على هذا المذهب يختلف فيه **ابن القاسم وأشهب**، على حسب ما قدمناه من اختلافهما في الطعام الذي لم ينتقل عن ضمان بائعه وبَيع على حدّ كيل أو وزن، كما بيناه من اختلافهما في بيع اللبن المشترى أمداً معلوماً وهو غير موجود بل يؤخذ من ضروع الغنم.

(1) كلمة غير واضحة في جميع النسخ ولعلها يجري.

فصـــل

في المداينة المشترط فيها القبض ببلد غير بلد المعاقد.

اعلم أن اشتراط القبض [ببلد بعينه يوجب الوفاء به إذا كان لمشترطه فائدة فيه. ولما أن اتضح أن الدنانير والدراهم يتفق فيها أسعار البلاد وأغراض أهاليها][1] لم يجب عند أهل المذهب الوفاء بهذا الشرط، بل قصر على من باع سلعته بدنانير أو دراهم وشرط قبضها ببلد سماه، وضرب لذلك أجلاً، أنه يحكم على المشتري بدفعها إذا حلّ الأجل حيث ما كان من البلاد، إذ لا فائدة له في التأخير إلى البلد المشترط حين العقد. ولهذا أيضاً احتيج في صحة هذا البيع اشتراط الأجل، لأن ذكر البلد لما كان ملغىً مطَّرحاً لا يقضى به، صار ذكره كالعدم. فإذا لم يذكر الأجل فسد البيع، لكون البيع على ثمن مؤخر إلى أجل غير معلوم، ولم يجعلوا مسافة البلد كأجل معلوم، لما كان ذكره لا يقضى به، فصار مشترطه كأنه لم يشترط بلدا، وباع بثمن مؤخر إلى أجل غير معلوم. ولو كانت الدنانير المبيع بها هذه السلعة معينة غائبة ببلد معلوم، عقد البيع عليها، لصحّ ذلك إن اشترط حلفها[2]، وصار كبيع بدنانير في الذمة لما اشترط حلفها[2]. وإن لم يشترط حلفها[2] ففي صحة البيع قولان.

وقد استحب **ابن المواز** ها هنا ذكر الأجل، ولم يوجبه كما أوجبناه في العقد على دنانير في الذمة، لأجل أن البيع وقع ها هنا على ثمن معين (من حق مشترط تعينه ألا يلزم غيره)[3] يقدَّر ها هنا مسافة البلد كذكر الأجل لما تعلقت المعاوضة بأمر معين غائب، بخلاف ما كان في الذمة.

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من (و).

(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: خلفها.

(3) هكذا في جميع النسخ.

وقد عورض في هذا الاستحباب بأنه لا فائدة فيه، لأن الأجل إذا حلّ قبل الوصول لم يجب إخراج مال من الذمة بوقوع العقد على معين، وإن لم يحلّ وقد وصل ولا فائدة في تأخير هذا المعين ومنْع مستحقه من القبض، فصار استحباب الأجل ها هنا لا معنى له.

وقد يعتذر عن هذا بأنه لما ذهب بعض أصحاب **مالك** إلى أن الحكم الخلف لهذه الدنانير وإن لم يشترط ذلك حين العقد، صار عب[1] ما عقد عليه من دنانير في الذمة ولكنها لم يكن حكمها الأجل المعين (ما قبض)[2] على الاستحباب. ولعلنا أن (نشترط)[3] الكلام على هذا في موضعه إن شاء الله.

وأما إن لم تكن هذه المعاملة على دنانير أو دراهم في الذمة أو معينة غائبة، بل كانت على سلع اشترط قبضها ببلد آخر، ولكنها في الذمة، فإن هذه السلع إن كانت مما لها حمل ومؤونة وجب الوفاء بهذا الشرط، وأن لا يلزم مشترطَها القضاءُ بغير البلد المشترط. وإن كانت لا حمل لها ولا مؤونة، كاللؤلؤ والعنبر،/ وما يخف حمله، فإن الظاهر من المذهب أيضاً أن الحكم فيها كالحكم فيما يقتضى إلى حمل[4]. وذكر في كتاب **ابن المواز** أنه لا يعتبر حكم البلد إذا تلاقى المتبايعان ببلد سعر اللؤلؤ والعنبر فيه أرخص من سعره في البلد المشترط، فإن من حق المطالب لهذا الدين أخذه حيث تلاقيا، لأن ذلك أرفق بالمطلوب، وأهون عليه. وإذا كان المذهب القضاء بالوفاء بالشرط ببلد معين، فإن البيع ينعقد ها هنا ويصح، وإن لم يضربا أجلاً، لما[5] ذكره للبلد ها هنا مفيداً، ويجب القضاء به، ولم يكن ملغى في المعاملة. وإذا وقعت بدنانير أو بدراهم، واكتفي بذكر المسافة عن ذكر الأجل، فذكر **ابن القاسم** في سماعه أن

---

(1) هكذا في جميع النسخ. ولعلها: عين.
(2) هكذا في جميع النسخ.
(3) هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب: أن نبسط.
(4) هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب: الحملَ.
(5) هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب: إضافة: كان، فيصير: لما كان ذكره.

مالكاً سئل عن هذا فقال: أَحَالٌّ هو؟ قيل: نعم. فأجازه. فكأنه أشار إلى أن الاكتفاء بذكر المسافة عن الأجل إذا عقد البيع على الحلول، وهذا لا يحسن الخلاف فيه، لأنه لو عقد على التأخير المجهول لم يصح، وإنما يصح إذا عقد على أنه يبتدىء في الخروج إلى البلد بفور العقد. وقد قال **فضل بن سلمة** في العروض أنها مثل الدنانير، لا بد من ذكر الأجل فيها وأن يكتفي بذكر البلد. ولعله قدّر أن تعجيله للخروج لا يقتضيه القضاء[1] ولا العادة، فالمسافة حينئذ لا تغني عن ذكر الأجل، بل يكون الاقتصار عليها يتضمن غرراً وجهالة في الثمن، إذ لا يدري متى يختار المشتري الخروج.

وقد ذكر **ابن أبي زمنين** أن الاقتصار على المسافة إنما يصح إذا كان السفر إلى البلد المشترط القضاء به في البرّ، وأما إن كان في البحر لا يصح ذلك فيه، ولا ترتفع الجهالة بذكر المسافة، إذ هو بحكم الريح، ولا يدري المدة التي يصل فيها.

وإذا تقرر عندك أن النكتة التي تدور عليها هذه المسائل اعتبار العوائد في الشروط فإنه قد يتّفق الدنانير والدراهم أغراض في البلد المشترط، فيجب حينئذ الاقتصار عليه كالعروض. وهذه الأغراض ذكرها على الجملة أَوْلى من تفاصيلها، لأنها قد تنضبط البواعث على هذه الأغراض. وإذا وجب الاقتصار على البلد المشترط فحالَ دونه مخالف، وانقطعت سبله، فإن هذا قد يجري على ما قدمناه لك فيمن أسلم في ثمرة فانقطع إبّانها هل له الفسخ أم لا؟ ولو ثبت الدّين في الذمة، وحل أجله، وتعين مكانه، فبذله من هو عليه، فقال الطالب: لا آخذ، لأني إن أخذته أخذ مني بالبلد العالية[2]. وقال من هو عليه: وأنا أتخوّف أيضاً إن أخذته[3] أن تأخذه منّي يدٌ عادية. فإن هذا حق من هو عليه أن يبرأ منه، ولا يلزمه صيانة مال مسلم بإتلاف ذلك المال من مال نفسه. لكن

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: اللفظ.

(2) هكذا، ولعل الصواب: العادية.

(3) هكذا في جميع النسخ ولعل الصواب إن لم تأخذه.

لو لم يتخوف من عليه الدّين من أن يطلبه اليد العالية[1]، فإن بعض أشياخي مال إلى أنه من حقه التعجيل.

وهذا فيه نظر، لأنه إذا لم تكن عليه مضرة في تأخير قضائه صار[2] بذلك المطالبة مع كونه يؤخذ منه ظلماً، كإتلاف مال مسلم مع القدرة صيانة[3]. لكن لو لحقته في هذه مضرة كان هذا في موضع الترجيح. وقد ذكر في **المدونة** الحميل بالوجه إذا سلمه من تحمل به في موضع لا تأخذه الأحكام أنه لا يبرأ لكونه تسليماً لا يفيد. وإذا تعين القضاء بالبلد المشترط، فإنه يكلف من عليه الطلب الخروج لقضاء ما عليه، إذا بقي من الأجل مقدار ما يصل إلى البلد فيه. ولا يمكّن من ترك الخروج إلى زمن لو خرج/ فيه لم يدرك البلد إلا بعد الأجل. ولكنه لو أراد أن يوكل وكيلاً فخرج للقضاء عنه فإن **ابن القاسم** أجاز هذا، ومنعه **سحنون**، وأشار إلى أنه كالحوالة على ذمة آخر بدين لم يحل. وهذا لا يتّجه لأن الوكيل إنما يخرج على أن الدين باق في ذمة موكله، على حسب ما كان عليه الأمر حين التعاقد، ويكلف موكله أن يعطيه من الثمن ما بقي لقضاء ما عليه، إذا وصل إلى البلد المشترط، أو يتحمل ذلك الوكيل، فإن الحمالة تصح بما لم يحل من الدين، لكون المتحمل عنه لا تبرأ ذمته بالحمالة، بخلاف الحوالة بما لم يحل. وقد ذكر في **الكتاب** أن من عليه دين مؤجل وأراد سفراً، فإنه يعتبر سفره: فإن كان إلى مسافة يعود من سفره قبل حلول الأجل مكّن من ذلك، وإن لم يمْكن أن يعود إلا بعد الأجل لم يمكّن من ذلك. وذكر **ابن القاسم في غير المدونة** أنه يحلف أن يعود قبل الأجل. واشترط بعض الأشياخ أن يكون من أهل التّهم حتى يتجه تعلق هذه اليمين به، وهذا فصل كنا أمليناه فيما تقدم، ولم نذكر ذلك حتى فرغنا من إملائه.

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: العادية.

(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: جازت.

(3) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: على صيانته.

فصــــل

ذكر القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله تعالى فصلاً في المزابنة وعدّدها، وذكر فيما عدّد فيها الحيَّ الذي يراد للحم كالكبش باللحم من جنسه.

قال الإمام رضي الله عنه[1].

يتعلق بهذا الفصل أربع مسائل منها أن يقال:

1) ما جملة مذاهب الناس في هذه المسألة؟

2) وما الظواهر الواردة فيها؟

3) وما علة المنع؟

4) وما الشروط المذكورة في المنع؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

اختلف الناس في جواز بيع اللحم بالحيوان؛

فأجازه **أبو حنيفة** و**أبو يوسف** على الإطلاق.

ومنعه **الشافعي** و**الليث** على الإطلاق.

ومنعه **مالك** إذا بيع اللحم بحيّ من جنس أصله، وإن بيع بغير جنس أصله أجازه.

ومنعه **محمد بن الحسن** صاحب **أبي حنيفة** إذا كان اللحم المعاوض له مثل مقدار ما في الحي من اللحم فأقل، وإن كان مقدار اللحم أكثر من مقدار لحم الحي حتى تكون هذه الزيادة عوض[2] وغيره جاز ذلك.

---

(1) في (و) زيادة نصها: ونفعنا به وبأمثاله.

(2) كلمة غير واضحة في النسخ، ولعلها: الجلد.

وهذه المذاهب التي ذكرناها في حيوان يجوز أكل لحمه، فأمّا ما لا يجوز أكـل لحمه، كالحمير والخيـل والبغال، فإن **مالكـاً** لم يمنع بيعه باللحم إذا كان من جنسها/ كالخيل والبغال والحمير. وذكر[1] أكل لحمه كالهر والثعلب والضبع فإن **مالكاً** كره بيعها باللحم إذا كان من جنسها. فبعض المتأخرين يرى أن نفي التحريم في هذه القوة[2] الاختلاف فيها، ولكنه قدح في هذا التعليل بأن **مالكاً** أجاز بيع الفرس بلحم من جنسها، مع ما في الفرس من الاختلاف.

وبعضهم يرى أن الهر والثعلب والضبع مما تأكله الأعراب، فصارت مما تراد للأكل فمنع بيع الحي منه باللحم من جنسه مع كونه[3] منفعة فيه، والخيل والبغال والحمير لم تجر العادة بأكلها مع أن فيها منافع، وهي المقصودة منها كالحمل عليها وغير ذلك من ضروب الانتفاع بها. وقد ذكرنا مذهب/ **أبي حنيفة**.

وذكر بعض المتأخرين عن **أشهب** أنه مال إلى مذهب **أبي حنيفة**، قال: وأحسب أن هذا المذهب رواه عنه **البرقي**، والمعروف عنه خلافه.

وأشار بعض الأشياخ إلى تخريج مذهب **أبي حنيفة** من بعض الروايات عندنا، وذلك أن **ابن المواز** ذكر عن **مالك** أنه كره بيع الشاة الشارف والكسير باللحم، ثم أجازه بعد ذلك. وقال **ابن المواز**: بل لا خير فيه، وبيعها باللحم أحرم من بيعها بالحية، وكل لا خير فيه.

وقد علم أن بيع اللحم باللحم لا يجوز إلا متماثلاً. وقد اختلف قوله في هذه الشاة الموصوفة وما ذاك إلا لكونه رآها كالصحيحة، ولو رآها كاللحم لم يختلف قوله في المنع منها، ولكنه تردد في هذا الترجيح، وقال: يمكن أن

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: وما كُرِهَ.

(2) في (و): لقلة.

(3) فراغ في (و) بمقدار كلمة، ولعلها: (لا).

يكون بين الفضل ما بين لحم الشاة واللحم الآخر[1] ارتفعت فيه المزابنة فلهذا أجازها، ويمكن أن يكون أراد لحم شاة اللحم تحرياً، فتارة رأى أن التحري لا يوثق به فمنع، وتارة رأى أن التحري ها هنا يوثق به فأجازه.

هذا ضابط المذهب على طريقة المغاربة. وأما على طريقة البغداديين فإنهم يرون أن المنع من بيع اللحم بالحيوان إنما يتوجه إلى حيوان إنما يراد للحم، كالشاة المعلوفة التي تراد للذبح، والمدقوقة العنق والشارف. فأما إذا كان الحي لا يراد للذبح فإنه يجوز بيعه باللحم الذي من جنسه. ذهب إلى هذا منهم **أبو بكر الأبهري**، ورأيته يشير في كلامه هذا إلى أن العلة في النهي الوارد عن هذا، المزابنةُ، وهي إنما تتصور إذا كان الحي لا يراد إلا للذبح حتى يصير في حكم اللحم، فتتصور في ذلك المزابنة (وهي بيع مجهول بمجهول من جنس واحد)[2]. وهذا مسلك القاضي أبي محمد عبد الوهاب في الكلام الذي نقلنا عنه، لأنه أورده في فصل ذكر فيه المزابنة وعدّ فيها اللحم بالحيوان وهكذا وقفت **لإسماعيل القاضي** على كلام يشير فيه إلى هذا، فقال: إذا كان الحيوان شارفاً أو مدقوق العنق صار بيعه باللحم من الخطر والغرر، لأنه أخذ الحي على أنه إن نقص عن مقدار اللحم الآخر عليه، وإن زاد فله. وإن كانت الشاة لا تراد للذبح بَعُدَتْ التهمة إلى القصد في المزابنة ووكل الناس إلى أمانتهم فيها، فإن قصدوا المزابنة في ذلك منعوا. وهكذا ذكر **ابن القصار**، فقال: إنما منع شيوخنا بيع اللحم بالحيوان إذا كان الحيوان إنما يراد للذبح، كالشاة المعلوفة للهراس[3] والجزار، لأنها إذا كانت كذلك فبيعت صار ذلك في معنى بيع الرطب بالتمر.

وأنكر بعض الأشياخ هذه الطريقة التي سلكها البغداديون أن تكون هي

---

(1) كلمة مهملة غير واضحة في النسخ.

(2) ما بين القوسين هكذا في جميع النسخ.. مع أن المزابنة: بيع معلوم بمجهول أو بيع مجهول بمجهول من جنس واحد.. والجزء الذي ذكره من هذا التعريف لا يتلاءم مع الصورة السابقة. انظر حدود ابن عرفة 251.

(3) هكذا في النسختين، بالمهملة، ولعل الصواب: للهراش.

طريقة المذهب، واحتجوا بما ذكرناه عن كتاب ابن المواز من اختلاف قول مالك في الشاة الكسير إذا بيعت باللحم، ولو كانت صحيحة ممّا يبقى لم يختلف قوله في تحريم بيعها باللحم، فاقتضى ذلك أن التحريم فيما يبقى آكد منه في مثل هذه التي هي كسير وشارف.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

أمّا الظواهر الواردة في هذا فقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَوٰا۟﴾[1] وقوله ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[2] فإن قلنا: إنه يتصور الربا في بيع شاة بلحم من جنسها صار قوله تعالى: «وحرم الربا» يخصَّص بقوله: «وأحل الله البيع» وإن قلنا: لا يتصور في هذا الربا لكون الحي الذي يبقى كالعروض، ولجواز بيع شاة/ بشاتين ولا يقدر ذلك من الربا الممنوع، واحتجنا إلى تخصيص هذا العموم إما بأثر وإما بقياس:

فأما الأثر فإن **مالكاً** روى في **الموطأ** عن **زيد بن أسلم** عن **سعيد ابن المسيب** «**أن النبي عليه السلام نهى عن بيع الحيوان باللحم**»[3] وذكر **مالك** أيضاً عن **داود بن الحصين** أن **ابن المسيب** قال: ذلك مَيْسِر الجاهلية[4]؛ ورواية غير **مالك**: ذلك ربا الجاهلية وذكر عن **أبي الزناد** أنه قال: كان من أدركت من الناس ينهون عن ذلك، ويكتب في عهود العمال **كأبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل**[5]، **فإن قيل: هذا الحديث مرسل، لأن ابن المسيب** تابعي لم يلق النبي ﷺ. قلنا: **أبو حنيفة** يقول بالمراسيل، فهذا الحديث حجة عليه على أصله، وإن كان مرسلاً. لكنه يبقى ها هنا نظر آخر وهو تخصيص عموم القرآن بأخبار الآحاد، وذلك فيه خلاف بين أهل الأصول، فإن لم يقل بالمراسيل،

---

(1) سورة البقرة، الآية 275.

(2) سورة النساء، الآية 29.

(3) الموطأ: باب بيع الحيوان ج: 2 ص 183 حد 1912.

(4) الموطأ: باب بيع الحيوان ج 2 ص 184. حد 1913.

(5) الموطأ: باب بيع الحيوان ج2 ص 184. حد. 1914

وقلنا بها ولم نقل بتخصيص عموم القرآن بأخبار الآحاد، فإن هذا الحديث لا حجة لنا فيه، وإن قلنا بقبول المراسيل وتخصيص عموم القرآن بأخبار الآحاد كان في هذا الحديث حجة على **أبي حنيفة**. وقد احتج **الشافعي** فقال: **أنا مالك** عن **زيد بن أسلم**، وساق الحديث. وقد اعترض عليه بأنه لا يقول بالمراسيل، واعتذر عنه بأن الصدّيق رضي الله عنه منع من بيع اللحم بالحيوان. وقال الشافعي: لم يختلف حينئذ. وأشار (إلى بقوله)[1] بما روي عن الصديق، وعلى أن الذي روي عن الصديق قدح في التعلق به أيضاً، لأن المروي عنه، رضي الله عنه، أنه قسم جزوراً عشرة أجزاء، فأتى رجل بشاة، فقال: يباع مني جزء بهذه فقال الصديق: لا يصلح ذلك. فقيل: يمكن أن يكون هذا الجزور من إبل الصدقة، وقسمها قسمة الصدقة، والصدقة لا يحل بيعها، فلهذا قال: لا يصلح ذلك. وهذا وإن قيل: إن الظاهر غيره، فإنه تأويل ممكن. واعتذر عن **الشافعي** أيضاً (بأنه رأى أن طرق الاعتبار تمنع من هذا بقوي المراسيل عندَهُ فلهذا قبله)[1].

وقيل أيضاً: إنما احتج بهذا في الزمن الذي يقول فيه بقبول مراسيل **سعيد بن المسيب**. وأما أصحابنا وأصحابه ما في التعلق بالحديث المرسل من الاختلاف، ذكروا أيضاً أن الحديث من طريق آخر. فقال: إن **ابن المسيب** رواه عن **أبي هريرة** عن النبي ﷺ. وذكر أيضاً في بعض الطرق أن/ **مالكاً** رواه عن **سهل بن سعد الساعدي** عن النبي ﷺ. ولكن قال بعض المتأخرين: لا أعلمه متصلاً من طريق ثابت. واستنكروا ما روي من طريق **مالك** عن **سهل بن سعد الساعدي**. فإن ثبت هذا الاتصال عوِّل عليه، وإن لم يثبت فقد ذكرنا وجه التعلق برواية **مالك** في **الموطأ** على مذهب الأصوليين.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

ذكر **ابن القاسم** معنى الحديث الوارد في هذا، وعلته المزابنة. ولكنه لم يطرد هذا التعليل فيجيز بيع اللحم بالحيوان إذا تبيّن الفضْل، كما ذكر بعض الأشياخ أن مَن علّل بالمزابنة يقتضي تعليلُه جواز بيع اللحم بالحيوان إذا تبين

(1) ما بين القوسين كلام غير واضح وفي معظم ما ورد في هذا الجواب غموض واضطرابٌ.

الفضل، وسلم العقد/ من المخاطرة والقمار. وقد حكينا كلامهم في هذا.

وقد اختلف عندنا فيما لا ربا فيه هل يجوز بيع رطبه بيابسه إذا تبين الفضل[1]، الرطب باليابس وعين[1] الرطب باليابس. فمن أجاز ذلك رأى أن علة النهي عن بيع الرطب باليابس المزابنة والمخاطرة في مقدار أحدهما من الآخر. فإذا تبين مقدار زيادة أحدهما على الآخر زيادة لا شك فيها، ارتفع الخطر، وذهب الغرر، ولم تتصور المزابنة، فوجب الجواز. وإن قلنا: إن النهي عن ذلك غير معلل منع ذلك، ولو تبين الفضل. فأمّا من حكينا عنه أنه يجيز بيع اللحم بالحيوان إذا تبين الفضْل فإنه قد حكى عموم النهي عن بيع اللحم بالحيوان بشواهد الأصول ومفهوم قواعد الشرع من النهي عن الغرر والمزابنة. وقد تصور ذلك في بيع اللحم بالحيوان، فيجب أن يجري مع هذه العلة، فمتى ارتفعت ولم تتصور ارتفع حكمها. (وكان **ابن القاسم** حين عقده هذا التعليل، ولكنه لم يبسط عن الخروج عن عموم لفظ النبي ﷺ بهذا الضرب من الاستدلال، ولا يعلل الحديث فعله يرتفع حكم عمومه، ولكنه ما تصورت فيه العلة وهي المزابنة معه حديثاً وقياساً، وما لم يتصور فيه منعه لأجل عموم الحديث)[2]. ولا يستبعد من **ابن القاسم** هذا، فإن المذهب متفق على أن بيع اللحم بالحيوان من غير جنسه جائز. . وإنما يمنعه **الشافعي**. . وعموم النهي عن اللحم بالحيوان يقتضي المنع، سواء كان اللحم من جنس الحيوان أو من غير جنسه. لكن المزابنة إنما تتصور مع التجانس في العوضين حتى ينصرف للأعواض إلى الحرس[3] على المقادير، فيكون ذلك مزابنة. وإذا كان العوضَان من جنسين مختلفين اختلفت الأغراض. فأنت ترى أهل المذهب كيف اتفقوا على تخصيص هذا العموم بهذا النوع من الاستدلال، فلا يستنكر ما قاله **ابن القاسم** على أصل المذهب.

---

(1) كلام غير واضح.

(2) هكذا في جميع النسخ، والكلام بين القوسين غير واضح.

(3) كلمة غير واضحة، ولعلها: الحدس.

وقد سلك أصحاب **الشافعي** قريباً من هذا المسلك في التعليل، ولكنهم أتوه من طريقة أخرى، فقالوا: إن اللحم فيه الربا، والحيّ أصل هذا اللحم، واللحم كالبعض من الحي، وما كان فيه الربا فلا يباع بأصله، كما لا يباع السمسم بدهنه.

وهذه الطريقة إن لم ترجع إلى ما قلناه نحن، وإلا فهي منفعته، لأن الحي المقتنى[1] لا ربا فيه، ولهذا يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً. وإذا كان لا ربا فيه فلا معنى للالتفات إلى كون ما يعاوض به عنه وهو اللحم فيه الربا، كما لا يلتفت إلى كون اللحم فيه الربا إذا بيع بثياب لما كانت لا ربا فيها.

وقد اختلف عندنا في جواز بيع الحي باللحم من جنسه مطبوخاً إلى أجل. فكرهه **ابن القاسم**، وأجازه **أشهب**، وعموم الحديث يقتضي النهي عنه، واعتبار التعليل يقتضي الجواز. لكن اللحم المطبوخ بالأبازير وغيرها يخرجه الطبخ عن اعتبار الربا بينه وبين اللحم الغير المطبوخ، ويصيره جنساً آخر. وقد ذكرنا أن المزابنة أو الربا إنما يتصور مع كون العوضين من جنس واحد، وقد[2] الشيخ أبو **إسحاق التونسي** هذا المسألة على أن المراد بيع الحي بالمطبوخ إلى أجل، فيكون هذا كبيع كتان بثوب إلى أجل يمكن أن يصنع الثوب من الكتان. وقد تقدم وجه المنع وأما (لو كذلك)[3] فهذا لم يختلف فيه لكون الطبخ صيره جنساً آخر.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

أما الشروط المعتبرة في منع اللحم بالحيوان، فقد كثر الاضطراب فيها. وقد قدمنا الكلام على ما بيْن[4] الفضل فيه ما بين الحي واللحم.

وأما اعتبار الجنسية فقد أشرنا إليه، ومذهبنا أن النهي عن بيع اللحم

---

(1) كلمة غير معجمة في جميع النسخ، ولعلها: مُقْتَنَى.
(2) فراغ: مقدار كلمة في جميع النسخ، ولعلها: قرّر.
(3) هكذا كلمة في جميع النسخ.
(4) هكذا ولعل الصواب تبين.

بالحيوان إنما يتصور مع اتحاد الجنس. وأما اختلافه فإن الأغراض تختلف ما بين الجنسين اختلافاً يخرج المتعاقدين على القصد إلى المزابنة، وذكرنا أن **الشافعي** يمنع من ذلك، وإن كان الحي من غير جنس اللحم، فمنع بيع لحم الدجاج والطير بالشاة والبعير. وأشرنا إلى سبب هذا الخلاف.

وأما اعتبار كون اللحم والحيوان مما يؤكلان، ويحل أكلهما، فقد قدمنا أن مذهبنا جواز بيع الخيل والبغال، فإنا وإن كرهنا أكل لحومها، فلا يمنع من بيعها، وهي حية، بالحيوان الذريعة[1] من جنسها لما كثر فيها الاختلاف واشتهر. **وللشافعي** في هذا الذي لا يؤكل لحمه قولان: أحدهما: المنع، لعموم الحديث، والثاني: الجواز، لأن العلة الربا، على ما ذكرناه عنهم. وهذه اللحوم (ليست بما فيها للربا)[1] لكونها لا تؤكل، أو العلة المزابنة، والمزابنة إنما تتصور مع تساوي الأغراض في الأغراض، وما لا يجوز أكله الغرض فيه مخالف للغرض في لحم ما يؤكل. وإذا علمت أنّا نشترط تجانس العَرْضين: الحيوان واللحم، فإن الأجناس عندنا ثلاثة: فكل ما يمشي على أربع فهو جنس واحد، سواء كان وحشياً أو إنسياً. وكل ما كان من ذوات الأجنحة فهو صنف آخر. وكل ما كان من سمك البحر وطعامه فهو صنف ثالث. وأما الجراد فقد حكي عن **مالك** أنه صنف رابع، والمعروف عندنا أنه مما لا ربا فيه، وسنتكلم عليه في الربويات من الطعام إن شاء الله. فأنت تعلم متى كثرت هذه الأجناس أن بيع الشاة والبعير والبقر بلحم الأرنب والغزال لا يجوز، لأنه بيع لحم حيوان بجنسه حياً، ويجوز بيع الشاة والبعير بلحم السمك أو لحم الطير، ويجوز بيع حي الطير بالسمك، فإنما يعتبر في هذا الجنسية على ما عددناه فيها.

وأمّا/ الوصف الذي يلحق منه الحي بالحيوان المنهي عن بيعه باللحم. فاعلم أن ما طالت حياته وادخر للانتفاع به[2] لذلك، فإنه مراد بالحديث في

---

(1) هكذا في جميع النسخ.

(2) كلمة غير واضحة في جميع النسخ، ولعلها: وربِّي..

المعروف من المذهب. لكن البغداديين يخالفون في هذا، على ما حكيناه عنهم، ويرون المزابنة إنما تتصور في كسير أو شارفٍ شارفَ الموت، يقصرون النهي على ذلك، ويجوّزون بيع ما تطول حياته، ويقتنى للمنفعة باللحم من جنسه. وقد ذكرنا ما وقع في المذهب من هذا بما يغني عن إعادته.

والمنفعة المعتبرة ها هنا ما جرت العادة باقتناء ذلك الجنس من الحيوان لأجله، فالشاة والناقة والبقرة يدّخرون للدَّر والنسل، وهي منفعة مقصودة عند الجمهور في هذا الجنس من الحيوان. وأما الاقتناء من النسل كالكبش يقتنى لفحله فإن ذلك مقصود أيضاً، وهي المطلوبة في هذا الجنس، وأما لو كان كبشاً خصياً، ولا يقتنى لصوفه، فإنه خارج عن هذا النوع الذي ذكرنا. وأما إن اقتني لصوفه فبعض الأشياخ أن ظاهر المذهب على قولين هل مجرد الاقتناء للصوف، ونماؤه لا يكون إلا مع الحياة، فلما اختص هذا بالحياة وكانت الحياة شرطاً فيه وجب أن يلحق ما يقتنى لأجل هذا بالحيوان المدخر للمنفعة المقصودة منه. وأما لو كان تيساً خصيّاً فإنه يخرج عن هذا النوع. لكن بعض الأشياخ رأى أنه قد يقتنى لشعره ولجلده، وهذه منافع مقصودة في مثله، فألحق بهذا النوع./ وأمّا ما يقتنى للحم والسمن فظاهر المذهب أيضاً أنه على قولين، وجه ذلك ما أشرنا إليه في كون مثل هذه المنفعة مقصودة في هذا الجنس أو غير مقصودة. وأمّا ما طالت حياته ولا منفعة فيه ففيه قولان: هل يلحق بها التفاتاً للمنفعة، أو لا يلحق بها لأجل كونه لا يدخر ويقتنى لمنفعته. وأمّا ما كانت حياته لا تطول ولا منفعة فيه فإن الأكثر من المذهب على إخراجه عن هذا النوع. لكن **أشهب** ألحقه بهذا النوع الذي يقتنى للمنفعة، ورآه مما يشتمل عليه عموم النهي عن بيع اللحم بالحيوان، فلم يكن لإخراجه عن جملة الحيوان وجه. وأما **ابن القاسم** فإنه أخذ لهذا النوع بالاحتياط، فجعل ما لا تطول حياته، ولا يدخر لمنفعة فيه، حكمه كحكم اللحم، فيمنع من بيعه بطعام[1] ويمنع من بيعه بحيوان يقتنى للمنفعة. وإذا كان غرضه اللحم اعتبر فيه مذهب **أشهب**، وألحقه بجملة

(1) كلمة غير واضحة.

الحيوان، وألحقه بعموم الحديث احتياطاً في التحريم في الوجهين جميعاً. وأنت إذا علمت هذه الأقاويل، وصرفتها في فروعها صرفتها أيضاً في بيع الحيوان بعضه ببعض، إذا كان أحد العوضين لا تطول حياته ولا منفعة فيه، أوْ لا تطول حياته وفيه منفعة، فيجري ذلك على هذا الاختلاف الذي رسمناه. ويلتفت في هذا إذا قدرت أنهما في حكم اللحم للحي[1] إلى جواز بيع اللحم باللحم تحرياً. وسنتكلم على جواز بيع اللحم باللحم تحرياً، وهما في جلودهما، وقد سلخا عنهما، وسبب الاختلاف في ذلك إن شاء الله. وقد أشار بعض الأشياخ إلى مقتضى حكمنا بكون الجنس كالجنس ألاّ يجوز في التعاوض بهما للمتأخرين[2] كما لا يجوز في الطعام بالطعام، لكنهما لما اشتركا في الحياة لم يعتبر ما يقصد منهما في حكم[3] ـ كما لا يعتبر في بيع الزيتون بالزيتون يتفاضل ما فيها من زيت، ولو بيع الزيتون بزيته لمنع واعتبر ذلك فيه.

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله:

بيع الربا غير جائز. والربا ضربان: تفاضل ونساء.

والتفاضل على وجهين: تفاضل في العين وتفاضل في القيمة.

فالتفاضل في العين يحرم من جهتين: إحداهما الجنس الواحد من المقتات المدخر، وما في معناه مما يصلح الأقوات، وذلك في المسميات الأربع التي نصّ عليها الرسول عليه السلام وهي: الحنطة والشعير والتمر والملح. ويلحق بها ما في معناها كالأرز والذرة والدخن والسمسم والقطاني كالفول والعدس واللوبيا والحمص. وكذلك اللحوم والألبان والخلول والزيوت، والثمار كالعنب والزبيب والزيتون. واختلف في التين، ويلحق بها العسل والسكر. ولا يحرم التفاضل في الماء كله، ولا في رَطب الفواكه التي لا تبقى كالرمان والتفاح والكمثرى والبطيخ والخيار والباذنجان والقثاء وغير ذلك

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: الحي.

(2) هكذا في (و)، وفي (ش): للتأخير، ولعل الصواب: التأخير.

(3) فراغ: بمقدار كلمتين في جميع النسخ.

من الخضروات، ولا فيما يدخر من الفواكه للأدوية كالمشمش والأجاص، أو على وجه الخصوص والندور كالخوخ وغيره.

قال الفقيه الإمام رضي الله عنه: يتعلق بهذا الفصل سبعة أسئلة منها أن يقال:

1) ما الربا؟
2) وما أقسامه؟
3) وما الدليل على منعه على الجملة؟
4) وما الدليل على تحريم ربا الفضل في النقد؟
5) وما سبب الخلاف في علة ربا النقد؟[1] والله المستعان.

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

اختلف الناس في المراد بهذه التسمية، فقال بعضهم: هي الزيادة. واختلف هؤلاء في هذه الزيادة، فقال بعضهم: هي الزيادة في نفس الشيء لا فيما يقابله من العوض. ومال آخرون إلى كون هذه اللفظة تنطلق على الزيادة حقيقة، سواء كانت الزيادة في نفس الشيء أو في عوضه المقابل له.

ورأيت **ابن داود** ذهب إلى أن حقيقة هذه اللفظة الزيادةُ في نفس الشيء خاصة، واحتج بقوله: ﴿فَإِذَآ أَنزَلْنَا عَلَيْهَا ٱلْمَآءَ ٱهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنۢبَتَتْ مِن كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ﴾[2] والأرض إنما تربو في نفسها لا في شيء يقابلها. وأجاب الآخرون عن تعلقهم بقوله عليه السلام في الذهب بالذهب وما ذكر معه «**مثلاً بمثل فمن زاد أو ازداد فقد أربى**»[3] فإنه أراد أنه فعل ما يشبه الربا أو ما قارب فعل الربا، فأشبه فعله «للربا» فأشار إلى أن الحقيقة في هذه التسمية الزيادة في/ نفس الشيء: وأما الزيادة فيما يقابله فإنما سمي رباً مجازاً.

ورأيت **ابن سريج من أصحاب الشافعي**، رحمه الله، سلك قريباً من هذا المسلك، فأشار إلى أن هذه التسمية، وإن وضعت للزيادة في نفس الشيء،

---

(1) السؤالان السادس والسابع ساقطان في جميع النسخ. انظرها ص 462 وص 372.
(2) الحج: 5.
(3) أخرجه مسلم والأربعة والدارمي وأحمد. الهداية: 7/180.

فإنها تنطلق على الزيادة فيما يقابله بحكم العرف، ويكون من الأسماء العرفية، كالصلاة التي هي في اللغة موضوعة للدعاء، وهي في الشرع كناية عن الصلاة المعهودة التي فيها ركوع وسجود[1] ابن داود في أن أصلها في اللغة هو الزيادة في أصل الشيء، وأقرب للطرق بعد ذلك فاعتقد ابن داود في أن تسمية الزيادة فيما يقابل الشيء ربا مجازٌ. واعتقد ابن سريج أن هذا من الأسماء العرفية في الشرع. ونحن قد كشفنا في كتابنا في الأصول المترجم **بالمحصول من برهان الأصول** على حقيقة هذا المذهب في تسمية الركوع والسجود صلاة/ وبيناه هنالك بياناً شافياً.

ومال آخرون إلى انطلاق التسمية على الزيادة في نفس الشيء وفيما يقابله انطلاقاً متساوياً. ويحتج هؤلاء بعموم قوله تعالى: ﴿ يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرْبِي ٱلصَّدَقَٰتِۗ﴾[2] وربا عوض الصدقة من الأجور ليس هو نفس الصدقة بل هو زيادة فيما يقابلها، وما هو كالعوض عنها. واحتجوا بما وقع في الحديث من قوله عليه السلام **للذي باع صاع بر بصاعين: عين الربا**[3]. فَنَصَّ على أن الزيادة فيما يقابل الشيء عين الربا.

وثمرة هذا الاختلاف أن ابن داود نفى الربا عما سوى هذه المذكورات في الحديث من العين والطعام، واحتججنا عليه بقوله تعالى: «**وأحل الله البيع وحرم الربا**»[4] أجاب بأن الربا المذكور في القرآن ربا الجاهلية، وهو كالزيادة في نفس الشيء، لأنهما إذا حل عليهما المطالبة بعين، فقال الطالب: تقضي أو تربي بمعنى تزيد بمقدار ما في ذمتك، صار هذا كالزيادة في نفس الشيء. وقد ذهبت طائفة إلى حمل هذه الآية على ربا الجاهلية، وجعلت الألف واللام في قوله تعالى «**وحرم الربا**» للعهد، لأن الجاهلية قالت: إذا حل لنا البيع الأول حل لنا

---

(1) كلمة غير واضحة في جميع النسخ.
(2) سورة البقرة، الآية 276.
(3) فتح الباري: كتاب الوكالة، 5/396.
(4) البقرة: 275.

البيع الثاني. وهو فسخ الشيء في أكثر منه. وأنكر ذلك عليهم سبحانه بقوله ﴿**ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾[1] وأخبرهم أنه أحل لهم هذا وحرم عليهم هذا، فانصرف الألف واللام إلى ما تقدم ذكره مما أخبر الباري سبحانه به عنهم. ويؤكد هؤلاء هذا التأويل بقوله تعالى: ﴿وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤۡمِنِينَ﴾[2] وبيع شيء بأكثر منه نقداً لا يتصور فيه «وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ﴾[2] وإنما يتصور فيمن فسخ دينه في أكثر منه يقال له: ذَرْما يُبْرِئك في الذمة من زيادة اشترطتها عوض التأخير. فإذا ذهبنا إلى أن الربا/ ينطلق على الزيادة في نفس الشيء وعلى الزيادة فيما يقابله، وقلنا: إن العموم إذا خرج على سبب ويقدّر دخول الجاهلية وجب أن يُقضى بحكم اللفظ في العموم لا بحكم تخصيص السبب، صح الرد على داود على هذا المذهب، ولعل ابنه إنما ذهب إلى ما حكيناه عنه في حقيقة اسم الربا، فسُدّ باب الاحتجاج على ابنه بهذه الآية. وقد ذكرنا مذهب ابن سريج ورأيته انفصل عن هذا التعلق بقوله: ﴿وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ﴾[2] فإنه قد يكون ما بيع متفاضلاً نقداً لم يقبض العوض الذي فيه الزيادة، فيتصور أن يقال ﴿وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ﴾[2] بمعنى: لا تقبضوا الزيادة، وسمّوا[3] العقد الفاسد. ومن الناس من ذهب إلى أن التسمية تنطلق على كل بيع محرم، وأُضيف هذا المذهب إلى عائشة رضي الله عنها لأجل قولها: **لما أنزلت آية الربا قام النبي عليه السلام فحرم التجارة في الخمر**[4]. وهذا منه إشارة إلى أن بيع الخمر لما كان محرماً كان رباً، فلهذا حرمت عقيب نزول آية الربا. وأُضيف أيضاً إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأجل قوله: إن من الربا بيع الثمر وهي معصية[5] قبل أن تطيب. فأطلق على بيع الثمر قبل الزهو اسم الربا

---

(1) سورة البقرة، الآية 276.

(2) سورة البقرة، الآية 278.

(3) في ش: ويتمّ.

(4) المزي: تحفة الأشراف. 11/736 حد. 17636

(5) هكذا في جميع النسخ.

لما كان محرماً. ويحتج هؤلاء بقوله عليه السلام: «**الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء**»[1] والتفاضل بين الذهب والورق جائز، وإنما يسمى[2] ها هنا بربا لكونها محرمة.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

قد قسم القاضي **أبو محمد عبد الوهاب** رحمه الله الربا على قسمين: ربا نقد وربا نسيئة. وربا النساء لهما[3] يتصور وقوع هذه التسمية عليه على هذه الطريقة التي سماها لها الجواب، وهي تسمية كل بيع محرم للربا[4]. وقد تكلمنا نحن على ربا النساء في كتاب السلم الأول فيما يحرم التفاضل (في ربا)[5] وفيما لا يحرم، وبسطناه هنالك بسطاً لا وجه لإعادته ها هنا. لكن ربا النساء متفق على تحريمه، ومتفق على أنه مراد بالآية التي ذكرناها. وقد يتصور في الذهب بالذهب متفاضلاً نساء، وفي القمح بالقمح متفاضلاً نساء، ويمتنع ذلك لأجل التفاضل ولأجل النساء والتأخير. وأمّا ما[6] وعقد على تفاضل نساء، ولكنه لا ربا في نقده، ففيه من الاختلاف الأمصار[7] وما قدمناه في كتاب السلم الأول في سلم ثوب في ثوبين. وأمّا ما اختلف جنسه ولا ربا في نقده فإنه يجوز النساء، كسلم عقد في ثوبين أو في ثوب واحد. وأمّا ما كان في هذه الربا[8] فإنك تنظر: هل يجتمع العرضان[9] جميعاً في علة واحدة لأجلها منع ربا الفضل بينهما أو لا يجتمعان في علة؟ فإن اجتمعا في علة واحدة كالقمح والثمر

(1) الموطأ: 162/2

(2) فراغ في جميع النسخ بمقدار كلمة.

(3) هكذا، ولعل الصواب: مما.

(4) هكذا، ولعل الصواب: بالربا.

(5) هكذا، ولعل الصواب: فيه للربا.

(6) كلمة غير واضحة في جميع النسخ، ولعلها: تَجانَس.

(7) هكذا في جميع النسخ. ولعلها: من اختلاف علماء الأمصار.

(8) هكذا.

(9) هكذا، ولعل الصواب: العوضان.

فإن علة المنع من بيع القمح بالقمح متفاضلاً كونه مقتاتاً، والعلة في منع الثمر بالثمر متفاضلاً كونه مقتاتاً، وإن كان فيه معنى التفكه، على ما سيرد بيانه، فبيع أحدهما بالآخر نساء لا يجوز لاشتراكهما في علة ربا الفضل. وأما بيع الثمر أو القمح بدنانير أو دراهم إلى أجل فإن ذلك جائز، لأن علة ربا الفضل في الذهب كونه لما[1]، وفي الثمر أو القمح مقتاتاً، فقد افترقا في علة ربا الفضل فجاز بيع أحدهما بالآخر تساوياً[2]. . وأما ربا الفضل مع النقد فسنتكلم عليه بعد هذا.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

الربا محرم على الجملة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة.

/ فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْ ۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ۚ﴾[3] فأنكرت[4] الجاهلية الاعتقاد أنها بيع مثل البيع الأول فإذا حل بها أن يسلم ديناراً في حمل إلى أجل فكذلك يحل لها إذا حل الأجل أن يفسخ الحمل في حملين إلى أجل آخر، فيكون بايَعه حملاً بحملين، وأنكر الله تعالى قولهم فقال: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْ ۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ۚ﴾[3] فنص تعالى على تحريمه فقال: ﴿ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ۞ فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله﴾[5] وقال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ أَضْعَٰفًا مُّضَٰعَفَةً ۖ﴾[6] وقال تعالى: ﴿يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرْبِى ٱلصَّدَقَٰتِ ۗ﴾[7] وقال تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَاْ فِىٓ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ فَلَا يَرْبُواْ عِندَ ٱللَّهِ ۖ﴾[8] لكن هذه الآية ذهب بعض الناس إلى أنها نزلت في الهدايا.

---

(1) هكذا في جميع النسم، ولعل الصواب: ثمناً.
(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: تساويا أو تفاضَلاَ.
(3) سورة البقرة، الآية 275.
(4) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: فأنكر على.
(5) سورة البقرة: الآية 278.
(6) سورة آل عمران: الآية 130.
(7) سورة البقرة: 276.
(8) سورة الروم: الآية 39.

وأما الأحاديث[1] فقد غلظ النبي ﷺ في بعضها فقال: «**لعن الله آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه**»[2] فعم باللعنة فاعله ومن أعان عليه بكتبة أو شهادة، وقال: «**لا تبيعوا الذهب إلا مثلاً بمثل...**»[3] الحديث الوارد من طرق كثيرة وبألفاظ مختلفة.

وأما الإجماع فإنه انعقد على تحريم الربا في النسيئة. وإن كان ربا النقد فيه خلاف سنذكره. والمعاملة بالربا في النسيئة أكثر تكراراً لمسيس الحاجة إلى المعاملة نسيئة بزيادة، فلهذا لم يقع فيها اختلاف، وفي كون الآية في البقرة مراد بها ربا النسيئة بدليل قوله تعالى: ﴿وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَوٰٓا۟﴾[4] وأشعر هذا بأنه ربا في الذمة. وقد تقدم الكلام على هذا وما فيه من الخلاف مبسوطاً مبيناً بياناً شافياً.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

قال الله سبحانه: ﴿لَا تَأْكُلُوا الرِّبَوٰٓا۟ أَضْعَـٰفًا مُّضَـٰعَفَةً﴾[5] وقال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِالْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[6] فمن الناس من ذهب إلى أن جميع البياعات الممنوعة في الشرع غير خارجة عن هاتين الآيتين. وهذا المذهب يحسن إذا قيل: إن الربا تسمية لكل عقد محرم. أو قيل: إنه تسمية لبيع وقعت فيه زيادة في أحد العوضين.

وقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِالْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[6] يشتمل على بيع الغرر وما في معناه لأنه من إضاعة المال.

واختلف الناس في ربا الفضل في النقد: فالمشهور المعروف عن جمهور الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم المنع منه على الجملة التي نفصلها فيما بعد

---

(1) كلمة غير واضحة في جميع النسخ، ولعلها: الكثيرة.

(2) أبو داود: اختصار المنذري. 5/9 حد 3193.

(3) الموطأ: 2/157 حد: 1845.

(4) سورة البقرة: الآية 278.

(5) آل عمران: 130.

(6) النساء: 29.

إن شاء الله. وذكر عن ابن عباس رضي الله عنه جوازه. وعن عبد الله بن الزبير وأسامة بن زيد وزيد بن أرقم (يكون الأكثر في النقد إضافتهم هذا الأن ابن عباس مع أصحابه للرجوع عن هذا المذهب إليه[1] فقال بعضهم رأيت ابن عباس يبيح ربا الفضل: الدينار بالدينارين فلما مضيت إلى العراق افتيت به الناس فأتاني من ذكر لي أن ابن عباس رجع عن هذا المذهب، فعدت إليه وسألته فقال: أبو سعيد الخدري يخبر عن النبيّ ﷺ بالمنع منه. وذكر أبو سعيد الخدري قال له: هذا رأي رأيته أو سمعته من رسول الله ﷺ؟ فقال له: إنما حدثني به أسامة أن النبيّ ﷺ قال. «إنما الربا في النسيئة» وأبيح[2].

وإن ثبت أن هذا مما اختلف فيه الصحابة وثبت أن مَن بعدهم أجمعوا على تحريم الربا في النسيئة المذكورة في الحديث، فارتفع حكم الخلاف المتقّدم بإجماع من تأخر على مذهب الأصوليين، ولم يرتفع حكم الخلاف في قول بعضهم على ما ذكرناه في كتابنا الذي امليناه في أصول الفقه. فأخبر ابن عباس بالوجه الذي أداه إلى مخالفة مذهب الجمهور، وهو حديث أسامة. وحديث أسامة هذا ورد بألفاظ مختلفة منها «الربا في النسيئة»[3] وهذا ليس بنص في نفي الربا في النقد، لكن من ناحية دليل الخطاب على أن هذه اللفظة التي تشعر بالحصر وهي قوله «إنما» من آكد دليل الخطاب. لكن روي بلفظ آخر أنه عليه السلام قال «لا ربا فيمن كان يداً بيد»[4] وهو نص عمومه في نفي الربا في النقد، لكنه مقابل بما ورد من طرق كثيرة وبألفاظ مختلفة من قوله عليه السلام «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً ولا يزد بعضه على بعض» وفي آخر: «ولا تبيعوا غائباً منها بناجز» وفي بعض الطرق أنه قال «الذهب بالذهب والورق بالورق والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح سواء بسواء

(1) هكذا في جميع النسخ، وفي الكلام اضطراب.
(2) في ش: وأبيح النقد. والله أعلم.
(3) إرواء الغليل: 5/188.
(4) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: فيما.

غير[1] يداً بيد فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم»[2] الحديث كما وقع هذا وغيره مما يكثر تعداده فنهي فيه عن التفاضل بين هذه المذكورات، مع اشتراطه كونها يداً بيد وعيناً بعين. وقوله «لا تبيعوا غائباً منها بناجز»[٣] وفي بعض الطرق «ومن زاد أواستزاد فقد أربى»[٣] وقد تكلمنا على هذه الأحاديث في كتابنا المترجم **بالمعلم**[3]. **وقد ذكر الشافعي** رحمه الله في تأويلها وبناء بعضها على بعض وجواز أحدهما أنه قال: يمكن أن يكون سائلاً[4] سأل النبيّ ﷺ عن التفاضل فيما بين جنسين من هذه فقال له «إنّما الربا في النسيئة» يعني أمر هذه الأجناس أنها إذا اختلفت فالفاضل بينهما حلال في النقد وحرام في النساء إذا اجتمعا في علة واحدة كما قدمنا بيانه، فيكون الألف واللام ها هنا ليست للجنس ولكنما المراد بها الذي وقع السؤال عنه وهو نوع من أنواع الربا.

والوجه الثاني أن قوله: «لا ربا فيما كان يداً بيد» وقوله: «إنما الربا في النسيئة» عموم في سائر هذه البياعات تجانست أو اختلفت. ولكن هذا العموم يخَص بقوله: «من الذهب بالذهب مثلاً بمثل يداً بيد» إلى غير ذلك من الألفاظ التي ذكرناها[5] الأحاديث فيحتمل[6] قوله «إنما الربا في النسيئة» على ما اختلفت أجناسه من هذه الأنواع المذكورة بدليل منعه لربا الفضل فيما تجانس وكان يداً بيد. وقد تأول في هذا أن قوله «إنما الربا في النسيئة» يريد العروض التي لا ربا في نقدها إذا تماثلت لكي يكون الربا فيها إذا تماثلت ووقع البيع نساء، البيع ثوب بثوبين مثله نقداً، فإنا نجيزه، ونمنع منه إذا كان ذلك نساء لما تقدم بيانه وذكر المذاهب فيه في كتاب السلم الأول.

---

(1) هكذا في جميع النسخ، والصواب حذفها.
(2) إرواء الغليل: 5/189.
(3) المعلم: 2/195 ـ 201.
(4) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: سائل.
(5) فراغ: بمقدار كلمة في جميع النسخ، ولعلها: في.
(6) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: يحمل.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

قد قدمنا أن النبيّ ﷺ نص على تحريم الربا في ستة أنواع، وهي: الذهب والورق والبر والشعير والتمر والملح.

فأمّا **داود** وغيره من أهل الظاهر فإنهم قصروا التحريم على هذه الستة المذكورة في الحديث، وأباحوا النقد فيما سواها من سائر الأنواع، بناء منهم على مذهبهم في نفي القياس، بأنه ليس بدليل في أحكام الشرع، وإنما أحكام الشرع مقصورة على ظواهر الكتاب والسنة.

وهؤلاء إن نشأ رددنا عليهم بالطريق التي سلموا بكونها دليلاً وهو لفظ الشارع فيما رواه **عمران** أن النبيّ ﷺ قال: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل»[1] فقوله «الطعام بالطعام»[1] يشتمل على البرّ والشعير والتمر والملح، والمنصوص على عينها في الحديث، وعلى ما سواها من سائر الأطعمة.

وإن شئنا رددنا عليهم بإثبات القياس في كونه دليلاً في الشرع يجب الرجوع إليه.

وأما من سواهم ممّن يقول بالقياس، وهم أئمة الأعصار وفقهاء الأمصار فإنهم لا يقصرون تحريم الربا على هذه الستة المنصوص عليها في الحديث، بل يستنبطون من هذه الستة علة، ويقيسون عليها ما سوى الستة مما يشاركها في هذه العلة المستنبطة.

واختلفوا في هذه العلة المستنبطة، فنقل بعض النقلة عن **ابن الماجشون** أنه يقول: العلة: المالية. وأنكر بعضهم هذا النقل والتعليل بكون الشيء مالاً، وأضاف الغلط والوهم لناقله، وأشار إلى الاتفاق.

وعلل **ابن حبيب** ذلك بتفاوت المنفعة.

وعلل **ابن سيرين** بالتجانس.

---

(1) إرواء الغليل: 5/191

وعلل **ربيعة** بوجوب الزكاة.

وعلل **أبو حنيفة** الذهب والفضة بالوزن، والبرّ والشعير والتمر والملح بالكيل.

واتفق **مالك** و**الشافعي** رحمهما الله على تعليل الذهب والفضة بالثمنية، واختلفا في تعليل المطعومات الأربعة، فقال **الشافعي** في القديم: العلة كونها جنسٌ مأكولُهُ مكيلةٌ، وقال في الجديد، وهو المذهب الذي عليه أصحابه: العلة كونها مطعومة.

وأما نحن فكثر عندنا اختلاف العبارات عن هذه العلة في هذه المطعومات. فقال **مالك** رضي الله عنه في **الموازية**: كل ما كان من الطعام والشراب كالحبوب والأَوْدُك والأدم والفواكه، رطبها ويابسها مما يدخر، وهوجنس واحد، فإن الربا فيه حرام بشرط الجنسية والادخار. وذِكْر أنواعها فيه أشارة لما يقتات ويؤتدم به وما يتفكه، واقتضى هذا أن العلة كون الشيء، قوتا أو إداما أو تفكها، مدخراً. وأما اشتراط الجنسية فلا يفيد ذكره لأنه مشترط عند **مالك** و**الشافعي** و**أبي حنيفة** فلا خلاف عندهم لقوله عليه السلام: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»(1) وقال بعض أصحابنا كل واحد من هذه الأربعة لعلة: فالبرّيقتات حال السعة والاختيار، والشعير حال الفاقة والاضطرار، والتمر يتفكه به، والملح يصلح الأقوات، وهو أيضاً كاللحم فيها لأن الخبز واللحم إذا لم يكن فيهما ملح نافرتهما الطباع. فصارت علة القوت الاختياري أو التفكه أو المصلح للقوت. وذكر **أبو بكر الأبهري** من أصحابنا من علل هذه بثلاثة أوصاف **فالملح والشعير العلة فيهما القوتية**، والعلة في التمر التفكه، وفيه معنى القوت، والعلة في الملح كونه مصلحاً في القوت. قال: ومنهم من علل **ذلك** بالقوتية. وذكر **ابن القصار** والقاضي **أبو محمد عبد الوهاب** في غير كتابه هذا أن العلة الادخار للعيش غالباً. وأنكر بعض أشياخنا هذا، وقال: إنما يحسن هذا التعليل لوجوب

---

(1) تقدم تخريجه.

الزكاة، فإن الزكاة متعلقة بما هو في أصل العيش غالباً، ولهذا لم يوجبها في الجوز واللوز، وإن كنا نحرم فيهما الربا لأنهما، وإن ادّخرا، فلا يدخران لأنهما أصل في العيش غالباً. وأنكر أيضاً تعليل التمر لكونه متفكهاً به، لأجل أنه[1] أن كان قوتاً في زمن النبيّ ﷺ.

فأما هذه العبارات التي أوردناها عن أهل المذهب فإنها تتضمن الاتفاق على تحريم الربا في أنواع لم ينص عليها كالذرة والدخن والأرز والسلت وما أشبه ذلك لكون ذلك قوتاً مدخراً اختياراً واضطراراً. ويتضمن الاتفاق على نفي الربا عن أنواع فيما لم ينص عليها، كالبقول مثل الخضر والهندبا والقطن وما أشبه ذلك. ويقع الإشكال في أنواع أخر نفرضها[2] على هذه الحدود كالرمان فإن فيه قولين: هل يحرم فيه التفاضل أم لا؟ لأجل أنه لا يدخر للعيش غالباً، وأنه أيضاً ليس بقوت ولكنه يدخر تفكها. وكذلك الخوخ وغيره مما سنذكر الخلاف فيه، إنما تصور الخلاف فيه لفرضه[2] على هذه العبارات، واختلاف الفقهاء فيه، في حكم العوائد فيه، فربما كان الشيء قوتاً أو تفكها عند قوم، وكان بخلاف ذلك عند آخرين، على ما سنقف على تفصيله إن شاء الله عز وجل.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

أمّا ما ذهب إليه ابن[3] واعتبار تقارب المنفعة، وما ذهب إليه ابن سيرين من اعتبار المجانسة، وما ذهب إليه ربيعة من اعتبار تعلق الزكاة فإنه يرد على هؤلاء بأن النبيّ ﷺ: «اشترى عبدا بعبدين»[4] وبأنه «أمر عبد الله بن عمر بأن يأخذ القلوص بالقلوصين إلى إبل الصدقة»[5]. ومعلوم أن القلوص بالقلوصين تتقارب منفعتهما[6] ويتجانسان أيضاً، وكذلك العبد بالعبدين، والإبل فيها

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب حذفها.
(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب نعرضها.
(3) فراغ بمقدار كلمة في جميع النسخ. ولعله: ابن حبيب
(4) نيل الأوطار: 5/314.
(5) نيل الأوطار: 5/315. قارن الهداية 7/193.
(6) هكذا، ولعل الصواب: تتفاوت

الزكاة، وقد أباح منها القلوص بالقلوصين. فهذا ينتظر[1] الرد على هذه الثلاث مذاهب المذكورة.

وأما اختلاف فقهاء الأمصار فرأى[2] التعليل. فإنا نتكلم هاهنا على اختلافهم في تعليل الأربع المطعومات وهي البرّ والشعير والتمر والملح، ويؤخر الكلام على اختلافهم في تعليل الذهب والفضة إلى كتاب الصرف.

فأما **أبو حنيفة** و**الشافعي** فإنهما قد يتعلقان بظاهرٍ حسن يغنيهما عن التعليل والقياس أو يجعلانه ترجيحاً لتعلقها وقياسها.

فالشافعي منهما يقول: روى **معمر بن عبد الله** عن النبيّ ﷺ أنه قال: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل»[3] وهذا يقتضي تحريم الربا في سائر المطعومات على حسب مقتضى تعليل **الشافعي** رحمه الله بالطعم.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول بأنه لما **أنكر النبيّ ﷺ على عامل خيبر بيع الصاع بالصاعين**، ذكر في آخر الحديث **أنه قال في الميزان مثل ذلك**[4]. وهذا معلوم أنه لم يرد نفس الميزان، وإنما عبّر عن الموزون بالميزان، وعموم القول أن الموزون فيه الربا يقتضي استيعاب كل ما يوزن، وإذا ثبت تعلق الربا بكل ما يوزن ثبت تعلقه بكل مكيل، لأن ذكر الموزون تنبيه على المكيل هاهنا. (والآخر أيضاً تعلق الربا بكل موزون عموماً بل تعلقه ببعض المكيلات خصوصاً[5].

وأما نحن فلا ظاهر عندنا من الكتاب والسنة نتعلق به في تصحيح التعليل بالقوت. لكنا إن سلمنا **للشافعي** هذا الحديث تأولناه على أن المراد به الأطعمة المقتاتة.

---

(1) هكذا.
(2) هكذا في جميع النسخ، ولعلها: في.
(3) الهداية: 7/185.
(4) فتح الباري: 5/304 ــ 305.
(5) هكذا في جميع النسخ.

وقيل: خصوصيته[1] ﷺ البر والشعير والتمر والملح بالذكر فلو كان سرعة[2] تحريم الربا في كل مطعوم لم يحسن الاقتصار على أربع منها على أكثر المطعومات. ولا يمكن أن يقال في هذا: إن الطعام في العرف عندهم لم يكن في عرف التخاطب في سائر أنواع الأطعمة بل كان على صنف أو أصناف مخصوصة، فيحمل الحديث عليها.

وأمّا ما تعلق به **أبو حنيفة** فإنا لا نسلم له هذه الزيادة، ولا كونها من لفظ النبيّ ﷺ، بل يجوز أن يكون من كلام الراوي وتأويله.

فإن قال **الشافعي**: إن لم يمكن من التعلق بعموم قوله «الطعام بالطعام مثلاً بمثل» فإنه يجب أن يمكن من كونه منبّها على صحة العلة التي أخرجت، لأنّ الحكم إذا علق باسم مشتق فإن معنى ذلك الاشتقاق علة الحكم. وحكم الربا هاهنا معلق بلفظ الطعام والطعام مشتق من الطعم، فيجب أن يكون الطعم علة فيه. ألا ترى قوله سبحانه ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾[3] ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾[4] لما علق حكم الضرب والقطع على لفظ الزاني والسارق، وكان ذلك مشتقاً من الزنا والسرقة، كان الزنا والسرقة علّة في الحكم.

وهذا لا نسلمه أيضاً لأن الأسماء إنما وضعت للدلالة على الذات وليتعارف بها الذوات المرادة بالنطق في نفي أو إثبات. ولكنها إذا حملنا الزنا والسرقة على الضرب والقطع ليس من ناحية مجرد الاشتقاق، ويكون منا سبتهما في الفعل بهذا الحكم على مقتضى أصول الشرع وتأثيرهما فيه، وللتأثير الدال على صحة التعليل هو أن تكون العلة تحمل مناسبة لما ربط بها من الحكم إذا

(1) هكذا في جميع النسخ، والأوْلى: تخصيصه.
(2) هكذا في جميع النسخ.
(3) النور: 2.
(4) المائدة: 38.

عرضت على أصول غير معهودة في الشرع قوّت الظن بصحتها. ومعلوم أن الزنا والسرقة جنايتان عظيمتان على الأموال والأنساب، وأن الجاني إن لم يزجر عن جنايته، ويعاقب عليها لم يكفّ عنها، فكان الزنا موجباً الحد، لكونه جناية عظيمة (يخرج للركب)[1] هذا الجاني عنها بعقوبته. وكذلك السرقة إذا أخذت من غير حرز لم يجب القطع، لأن من لم يصن ماله فهو الذي أضاعه، ولا يحتاج إلى صيانة الشرع فيه، فإذا تحرز وأغلق على ماله ثم احتيل عليه وسرق له احتيج إلى إسناد الشرع في حصانة ماله بقطع اليد الجانية المتناولة ثم الرِّجْل الساعية إليه. وهذه معان مناسبة للحكم فلهذا سلمنا كونها عللا، ولم نسلم ذلك بمجرد الاشتقاق.

وهاهنا أيضاً ظواهر أخر منع فيها الشارع، فتجاذبها المختلفون، وهي قوله عليه السلام: «لا تبيعوا البر بالبر إلا مثلاً بمثل» الأحاديث الواردة في هذا على اختلاف ألفاظها. وقد افتتحها بالنهي عن بيع البر بالبر عمرماً، ثم استثنى من هذا النهي ما تساوى فيه الكيل. فيقول المخالف **لأبي حنيفة**: قد عمّ قوله ﴿لا تبيعوا البر بالبر﴾ بأقل من البر أو أكثر، وما لا يمكن كيله لقلّته، وما أمكن كيله لكثرته، وأنه حكم ما جرى التفاضل فيما قل من الطعام، فلم يمكن كيله لقلته، وعموم الحديث يقتضي المنع منه، وتعليل الحديث بما ينافي عمومه لا يقبل، كتفريع على أصل يعود التفريع بإبطال الأصل.

ويجيب **أبو حنيفة** عن هذا بأن المراد بقوله ﴿لا تبيعوا البر بالبر إلا مثلاً بمثل﴾/ ما كانَ من البر يصح كيله لأن قوله ﴿كيلاً بكيل﴾ بيان لما تقدم، وإشارة إلى أن المراد به ما يصح كيله، والاستثناء إنما يكون من جنس المستثنى فقوله ﴿إلا كيلاً بكيل﴾ استثناء مما يصح كيله، هذا حقيقة الاستثناء. وإذا دل الاستثناء على أنه مجانس لما استثنى منه تضمن ذلك كون المستثنى فيه[2] مما

---

(1) هكذا.

(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: منه.

تصح فيه المساواة في الكيل والمفاضلة.

ويرى أصحاب أبي حنيفة أن هذا المراد[1] بهذا الحديث ويقولون: قد روي **الحنطة بالحنطة مثلاً** بمثل وفي رواية «مثل بمثل» فمن نصب «مثلاً» أضمر فعل أمر فكان التقدير بيعوا الحنطة مثلاً بمثل. ومن رفع أضمر مصدراً فكان التقدير: مثل بمثل. فيكون هذا بمعنى المبتدأ والخبر. فلم يأت في هذه الرواية لفظ آخر يعم ما يمكن كيله مما لا يمكن.

قيل لهم: ورد فيها إيجاب المساواة بين البرين إذا بيع أحدهما بالآخر، فيحمل ما سواه من الألفاظ الواردة في الطرق الأخرى على هذا، ويكون القصد بالأحاديث إيجاب التسوية.

قالوا: وإذا كان المراد إيجاب التسوية فالتسوية تكون من ناحية الذوات، ومن ناحية المقدار، فإيجاب التسوية من ناحية الذواتَ هو اشتراط الجنس، وهو أحد وصفي العلة، واشتراط إيجاب المساواة أيضاً يقتضي المساواة في المقدار، ولا تكون المساواة وتتحقق وتعرف إلا من ناحية الكيل، فقد تضمن هذا كون الجنس والكيل عُلقة بتحريم الربا بواسطة إيجاب التسوية، ولا معنى لمناقضتها في قولنا: إن الكيل علة، فإنه يكون علماً على التحليل إذا تساوى وعلماً على التحريم إذا تفاضل. ولا يكون الوصف الواحد علة التحليل والتحريم لأنا قد بيّنا أن المطلوب إيجاب التسوية لا أكثر، وإنما يتوصل إلى التسوية بالكيل، والتساوي.. بسب الخلاص من التحريم. وهو المطلوب في الشرع، وليس هو علة في التحريم والتحليل، وإنما هو علم على المساواة التي أوجبها الشرع. ولا يناقض أيضاً بجواز صاع برّجيّد بصاع بر ردىء، لأن الشرع إنما طلب المساواة من جهة التشابه كيلاً ومقداراً، لا مساواة تعم سائر الأوصاف لأنه لو شرع هذا كان من الحرجِ العظيم، وانقطعت المعاوضات هاهنا، مع كون هذا الوصف غير منفرد عن الذات، ولا متميز، والاختلاف في المقدار متميز

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: هذا هو المراد.

محسوس بحس قدر أحدهما بالآخر. فإن المقابلة تشاهد، فإن (طالت أحدى)[1] على الأخرى في المقدار صارت تلك الزيادة لا مقابل لها، وإذا كانت المقابلة لم تتأتّ فيها حقيقة المساواة مع هذه الزيادة المحسوسة، ومعلوم أن البر إذا بيع بالبر هما متساويان قطعاً، فإذا بيع صاع بصاع[2] صار الصاع الثاني لا مقابل له، وإذا لم يكن له مقابل استحال فيه حقيقة المعاوضة، لأن حقيقة البيع نقل الملك بعوض، والمقابلة في المعاوضة إنما تصح مع المساواة في التقابل، فإذا لم يكن التقابل نافر ذلك حقيقة (ذلك فاسد)[3]، وهذا الصاع الزائد لا مقابل له فعروّه عن مقابلته بشيء يسلبه حقيقة البيع وقضيته وما أستُلِب منه حقيقة البيع وقضيته فسد. فلهذا المعنى حرم الربا فيما تجانس، وصار المقابل له خرج من الملك بغير معاوضة، فلحق بأكل المال بالباطل.

والمقابلة مع الاختلاف في الجودة والدناءة يتصور، ولا يتبين عدم المقابلة فيها كما تتبين في زيادة المقدار، كما قدمنا.

وأجيب عن هذا بأن المقابلة في المعاوضة إنما تحمل[4] بقصد المتبايعين، وهما إذا جعلاً قصد الصاع عوض (الصاعين) قد قابلا أحد العوضين لقصدهما إلى مقابلة هذا بهذا في التعاوض، ألا ترى أن العدديات من المطعومات لا ربا فيها عند أبي حنيفة، وإن لم يتقابل، كبيع بيضة ببيضتين، وجوزة بجوزتين، وما ذلك إلا لقصد المتعاوضين جعل الواحد هاهنا عوض الاثنين، ولو لم يعتبر القصد لوجب المنع، لكون البيضة الثانية والجوزة الثانية لا مقابل لها، فخرجت عن حقيقة البيع.

وأجيب عن هذا بأن هذه العدديات وما اختلفت أجناسه إنما يكون التقابل فيهما بالقيمة، ولهذا كان على متلفها القيمة في المثل، كما يكون عليه إذا أتلف

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: زادت إحداهما.
(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: بصاعين.
(3) هكذا في جميع النسخ.
(4) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: يحصل.

مكيلة من البر مكيلة من البرّ وإذا كانت المقابلة إنما تعتبر بالقيمة، والشرع لم يطالب بالتقويم والمقابلة، لأنه أمر خارج عن الذاتين بالتعاوض[1] بهما، فلهذا صح العقد مع المفاضلة والزيادة في العددية، وفي الجنسين المختلفين.

وهاهنا أيضاً طريق في الاعتبار يتجاذبها المختلفون في هذا التعليل، وهي أن الشافعية تقول: الإنسان شريف في نفسه، له في الوجود مزية على غيره، فما حفظه وقامت حياته به وجب أن يكون شريفاً وله مزية على غيره فالمطعومات بها قوامه فيجب أن لا يمتهن ويبتذل بلا بيعٍ ولا إباحةٍ له على الإطلاق، كما يكون الأمر في غيرها من الأموال التي لا شرف لها. ولا يحسن أيضاً أن يحظر بيعها، فيكون في ذلك حرج وإضرار بالناس، فخصت باعتبار شروط لم تعتبر في غيرها حتى تكون لها مزية على غيرها في تضييق العقد عليها، فمنع فيها المفاضلة والنساء، كما اشترط في النكاح الصداق والولي لشرفه على غيره من المتملكات، لأجل ما فيه من تحصين الإنساب.

وهذا للمالكية أن يقول أيضاً فيه. حفظ حياة الإنسان بالأقوات لا يساوي المطعومات، فيجب أن يختص هذا الشرف وهذه المزية بالأقوات خاصة دون غيرها من الأطعمة.

وأصحاب الشافعي لا يمكنهم مدافعتهم عن هذا بالمناكرة لكنهم يدفعونهم عن هذا بنصه عليه السلام على الملح، والملح ليس بقوت ولكنه مطعوم، فلهذا لم يخص الشرف على المطعومات التي هي أقوات، بل يخص به سائر المطعومات عموماً، لأجل التنبيه بذكر الملح على الطعام على القوت.

والمالكية تجيب عن هذا بأن الملح وإن لم يكن قوتاً فإنه يصلح القوت، فلا يستطاب اللحم والخبر. وغيرهما من الأقوات إلا إذا أصلح به، فكأنه مقوّم للقوت، والمقوم للشيء يعدّ من جملته.

وأصحاب أبي حنيفة يدافعون هذه الطريقة بأن الحاجة إلى القوت تقتضي

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: المتعاوَض.

السعة من الإباحة والإطلاق، لأن أصل البياعات إنما شرعت لأجل الحاجة إليها، فكلما كانت الحاجة إليها أمسّ كان أحق بإطلاق الإباحة واجتناب التقييد، وبيع الشيء بجنسه يشعر أن ذلك الجنس يحتاج إليه المتعاوضان، ولهذا لم يعدل أحد ما عن جنس ما في يديه، بخلاف المعاوضة بجنسين مختلفين، فإن ذلك يشعر باستغناء كل واحد منهما عن الجنس الذي باعه. وإذا وضح مسيس الحاجة إلى الجنس الواحد وجب أن توسع الإباحة فيه، خلاف ما أشار إليه أصحاب **الشافعي** من كونه يجب أن يختص لأجل شرفه بنصين[1] في الأباحة.

ويجاب عن هذا بأن مسيس الحاجة إليه تقتضي المنع من بذله وامتهانه بمعاوضة وجنسه[2] على صاحبه لأجل حاجته إليه، فضيق عليه طرق الإباحة في العقود ليحفظ عليه، ويصان له. وإذا كان نظر التعليل اعتبار الشرف، على حسب ما بيناه، كان الطعم والقوت مجرد علة، ويكون اشتراط الجنس، الذي اتفق الجميع من فقهاء الأمصار، شرطاً أو محلاً، لأجل أنه لا يظهر في اشتراطه معنى مؤثر على حسب ما أظهرناه في اعتبار الطعم والقوت.

وقد ذكرنا عن أصحابنا المالكية عبارات مختلفة في التعليل، فمن لم يقتصر منهم على ذكر القوت خاصة قال: إن القوت يفتقر إلى متهمم وهو الأدُم والدهون وهو[3] الملح، وإن كمل[4] الشيء المتمم له والمقوم له والمصلح يكون كبعض أجزائه، فلهذا عددوا مع القوت ما ذكرنا من تلك العبارات. ويرون أن النبيّ ﷺ ذكر البرّ لأنه يقتات في حال الاختيار والسعة. فقد نظّر الشارع القوت الاختياري فذكر الشعير لأنه قوت في حال الاضطرار، ثم ذكر التمر لأنه وإن كان مما يتفكه به ففيه معنى القوت، ثم ذكر الملح لأنه مصلح

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: بنصّ.
(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: حبسه.
(3) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب خذف: هو.
(4) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: والمكمل.

للقوت، فالأربع المذكورة تشترك في كونها مأكولة ومكيلة ومدخرة ومقتاتة فكونها مكيلة لا يصلح أن يكون علة، للكيل[1] فيها واقع على وجه واحد لا يختلف، فلم يكن للتعديد والاقتصار على أربع فائدة، مع أن الكيل والوزن فإن[2] أريد به ما يصلح أن يكال ويوزن ويمكن ذلك فيه، فقد يمكن الوزن فيما لا ربا فيه كالثياب، وإن أريد به ما جرى فيه الكيل والوزن في معيار الشرع، فقد توجد مكيلات وموزونات لم يكن لها وجود في عصر الصحابة، فإن أريد المعيار المتعارف فأهل البلاد يختلفون في الاصطلاح على معيار، فقوم يكتالون الشيء وقوم يزنونه وقوم يعدّونه وقوم يجازفون فيه. وهذا يؤدي إلى اختلاف الربا باختلاف أهل البلاد. فلا ينتقض هذا بأن القول يختلف أيضاً باختلاف أهل البلاد، لأن ما يحفظ حياة الناس يحفظها في كل مكان، لكنه في بعض الأمكنة ربما عزّ وجوده فلم يجدوه قوتا، ولكنه في نفسه مهيأ لكونه قوتا، فإذا بطل التعليل بالكيل، والتعليل بالطعم، لأن المقصود منه على الأكثر كونه حافظاً للحياة أو متمماً لما يحفظها أو هو مالكها[3] ، وبطل التعليل بمجرد الادخار، لأن الادخار إنما الغرض منه في الأكثر القوت، وقد رفق الله سبحانه بعباده فجعل أقواتهم مما يبقى حتى يدخروها لوقت الحاجة إليها، فصار الحاصل من نقد هذه الأوصاف اعتبار القوت والغرض المقصود في الأكثر في الأطعمة المخلوقة للإنسان وقد سلك بعض أصحاب **الشافعي** قريباً من هذا المسلك، فقال (قدحا من الأربعة يمنع الدين)[3] فيما تجانس وإباحته فيما اختلف، وما ذلك إلا لكون المتجانس الغرض فيه واحد، وإذا كان مطلوب الشرع إيجاد الغرض، طلبنا نحن الكشف عن الغرض ما هو؟ فوجدناه للطعم لأن المطعومات ما خلقت لتكال أو توزن، لكن لتؤكل، فنقول نحن: بل لتكون قوتا حافظاً لحياة، على حسبما بسطناه.

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: لأن الكيل.

(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: إن.

(3) هكذا في جميع النسخ.

واعلم أن أصحاب أبي حنيفة إن عورضوا في التعليل للذهب (والوزن)[1] بالوزن، وكون المصوغات من الذهب والفضة فيها الربا وإن لم توزن، اعتذروا عن هذا بأنه عليه السلام قال «الذهب بالذهب مثلاً بمثل» فاحتمل عمومه على ما يوزن ومالا يوزن، فمنع مالا يوزن منه بحق العموم لا بحق التعليل، وكذلك إذا عورضوا بأن أحد الوصفين يستقلّ علة في الربا، ربا بالنساء، وقد تقرّر ومنع بيع الذهب بالفضة لاشتراكهما في أحد وصفي العلة وهي الوزن، وجاز بيع الزعفران بالدنانير نساء، وإن اشتركا في أحد وصفي العلة وهو الوزن، اعتذروا بأن هذا الاشتراط إنما يؤثر إذا كانا جميعاً ثمنين أو مثمونين، فإذا كان أحدهما ثمنا والآخر مثمونا كالدنانير بالزعفران جاز ذلك اجماعاً وصار هذا الإجماع مخصصاً لهذا التعليل، أو يعتذر عنه بأن الوزن في الأثمان كالكيل في غيرها من المثمونات، فلم يشتركا في علة واحدة لكون الوزن في الدنانير التي هي أثمان كالكيل في المثمونات، والوزن في الزعفران على حقيقته لا ينقل عنه إلى التشبيه بغيره. ولعلنا أن نبسط ما تعلق بهذا الاعتراض من أصول الفقه في كتاب الصرف إن شاء الله، ونتكلم على التخصيص وقصرها.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال:

اختلف المذهب في ثبوت الربا في بعض الثمار، كالرمان، فقال **مالك** رحمه الله: لا ربا فيه (عند مالك)[2] ولا في التفاح. وقال **ابن نافع** بإثبات الربا أيضاً في التفاح (والعين)[3] والإجاص والموز. وذكر أن ذلك مما ييبس ويدخر. وحكى **ابن المواز** أنه لا ربا فيه، وذكر أيضاً مما يشير إلى كراهية التفاضل فيه، فقال: وقد قال: لا يعجبني، وغير[4] منه قال **ابن المواز**: يريد

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعله زائدة والأولى حذفه.
(2) هكذا في الجميع، وهي زيادة.
(3) هكذا في الجميع، ولعل الصواب والعين الإجاص. انظر ص 276.
(4) كلمة غير واضحة، ولعلها: ما يَيْبَسُ.

الرطب منه بالنضيج. فأما سبب الاختلاف في ثبوت الربا في الرمان، ففرضه، على ما تقدم من عبارات أصحابنا عن علة الربا في المطعومات الأربع المذكورة في الحديث. فمن علّل بالادخار للعيش غالباً لم ير في الرمان ربا، لأنه لا يدخر للعيش غالباً. ومن أثبت فيه الربا رآه مما يدخر للتفكّه ويكون أُدما، وقد قدمنا أن الأدم للقوت فحكمه حكمه. وكذلك يرى الخلاف في الخوخ وغيره مما ذكرنا الخلاف فيه، فإنه إذا عرض على ما قدمناه من التعليل ظهر فيه وجه الصواب. وربما كان سبب الخلاف منازعة في المختلف فيه هل هو ما يدخر أولا يدخر؟ ولماذا يدخر، هل للدواء وما في معناه، أو للأكل، أو للعيش، والائتدام؟ فمن اعتقد فيه أحد الأمرين أعطاه حكم مقتضى ما اعتقد فيه. وأما اللوز فقد ذكرنا عن ابن المواز حكايته الخلاف فيه وتأويله لكراهة للتفاضل فيه، على أن المراد رطبه بيابسه.

وهذا منه إشارة إلى أنه ليس من جنس ما يدخر للعيش والائتدام وتكون الكراهية محمولة على وجه آخر وهو بيع الرطب باليابس، وبيع الرطب باليابس إذا كانا هما للربا فلا يختلف عندنا في المنع من ذلك، كبيع الرطب بالتمر متماثلاً. وإن كانا مما لا ربا فيهما ففيه اختلاف في المذهب إذا لم يتبين فضل أحدهما على الآخر، هل يمنع لأجل ما يتصور فيه من المزابنة أو لا يمنع؟ فإذا كان الموز مما لا يدخر من المقتات، ولا هو من مصلحات الأقوات، على حسب ما قدمناه لم يكن فيه مطلب ابن المواز، لأجل أن هذا وجه آخر للكراهة فأخرجها عن هذا الباب/إلى باب النهي عن المزابنة. هذه طريقة بعض الأشياخ، ومنهم من رأى أن الكراهية إنما وقعت لأجل أنه لا ينقطع شتاء ولا صيفاً/ فصار اتصال وجوده ودوامه على جهةٍ مّا، ذَهَبَ كالادخار.

وهذا النهي الذي أشار إليه ليس هو حقيقة الادخار إنما هو الادخار في الذات الواحدة المعتبر حصول وصف الربا(بية لا فيها)[1] على جهة التعاقد

(1) هكذا في جميع النسخ، والمعنى حصول البقاء في الذات لا في الجنس.

وخلف ذات أخرى. ولأجل ما في هذه الطريقة من التعقب الذي ذكرناه عن[1] **ابن المواز** إلى طريقة أخرى وهي إلحاق ذلك بحكم المزابنة.

وقد أشار **مالك** رحمه الله إلى هذه الطريقة فقال: إن في البصل والثوم الربا لأنهما مما يدخران. واختلف المذهب عندنا على قولين في التأويل[2] كالفلفل والكمُّون والكَرَوْيا هل هذه الأصناف مما يدخر في الربويات أم لا؟ على ما كنا قدمنا ذكره في بيع الطعام قبل أن يستوفى، فالاختلاف في هذا ينصرف أيضاً إلى ما قدمناه وهو النظر في هذه التأويل[2] هل هي مصلحة للقوت كالملح المنصوص عليه، ولهذا يراد في الاستعمال، أو إنما يستعمل في الغالب دواء. وأما الزفيزف[3] فلا ربا فيه، لأنه وإن جفف رطبه وادخر فلا يدخر غالباً للإدام أو التفكه، وإنما يدخر للتداوي. وكذلك الفريك[3] وما في هذا المعنى مما يجفف ويطول بقاؤه فلا يفسد، مما لا يقصد بادخاره إلا التداوي به، وكذلك الحلبة، واختلف هل هي طعام؟ فقيل: هي طعام، وقيل: ليست بطعام، وقيل: أما الخضراء أو المبلولة فهي طعام. وهذا أيضاً يعرض على ما قدمناه على القصد بها التداوي والعلاج، أو الأكل. ومن شرط في كونها طعاماً أن تكون خضراء فلأجل أن اليابسة لا تؤكل، ولا تدخر لتيبس[4]، بخلاف الترمس الذي يدخر ليبس[4].

واختلف أيضاً في البيض فالمشهور أن فيه الربا لأنه مما يؤكل ويحفظ الحياة ويكون بمعنى القوت، ويدخر أيضاً مدة طويلة. وإنما يفسد إذا مرّ عليها الصيف لأجل حرارة الصيف. وذكر **ابن شعبان** قولاً آخر بإجازة التفاضل فيه. وذكر **حماد** أنه سمع أن **محمد بن عبد الحكم** يذكر أنه لا ربا فيه كالفاكهة.

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: مال.

(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب. التوابل.

(3) هكذا، والظاهر أنهما نباتان يتداوى بهما.

(4) كلمة غير واضحة.

فقلت: أرأيت لو رطبه[1] محرم أليس عليه الجزاء والفاكهة لا جزاء فيها؟ قال: فسكت. وذكر ابن حارث عقيب هذا الذي نقل عن حماد أن ما ناقضه به لا يلزم، لأن الحيوان في الجزاء إذا قتله المحرم وإن كان مما لا ربا فيه.

وأما الزفيزف فإنه لا ربا فيه. واعتل ابن المواز لهذا بأنه إن كان جفف ويبس فإنه لا يُفعل ذلك للعيش والأكل لكن للعلاج. وهذا تنبيه على صحة ما قدمناه من ذكر الثلاثة التي يدور عليها فرض هذا الباب، وهي اعتبار الغرض في مقتضى العادة في الطعام هل يدخر ذلك وارى[2] العلاج أو الاقتيات والأدم وإصلاح القوت على حسب ما تقدم بسط القول فيه.

والعين الذي هو الإجاص اختار بعض أشياخي كونه مما لا ربا فيه، لأنه إنما يجفف ويدخر للعلاج والتداوي لا اقتياتاً ولا تفكها.

وأما الألبان واللحوم فإنها يمنع الربا فيها، وإن كانت للغالب أنها لا تدخر لأجل أنها إنما تقتات غالباً حال رطوبتها، وهو الغرض المقصود منها. وكذلك اللُّحمان، وإن كان الغالب أنها لا تدخر، فالغرض المقصود منها هو المستعمل في الاقتيات. وقد نبهنا على الاقتيات،/ وهو المعتمد عليه في التعليل على أنه قد تجفف اللحمان فتدخر. وكذلك الألبان يصنع منها غالباً ما يدخر كالجبن والأَقِط والسمن، فأعطيت حال رطوبتها حكم ما نص عليه بالصنعة من الادخار والاقتيات. لكن المخيض بالجبن وقع فيه قولان: هل يجوز ذلك لكون المخيض لا يكون منه جبن فلا يدخل في نوع بيع الرطب باليابس المنهي عنه، كما تقدم. أو يمكن أن يعمل من المخيض أقِطاً فيكره بيع المخيض بالجبن، لأجل أنه يتكون منه بالصنعة الأقط، والأقط والجبن مُنع فيهما الربا. وقد قال في المدونة: لا بأس ببيع المضروب بالسمن. وقال بعض الأشياخ: هذا يشير إلى أنه لا يحرم في المخيض والمضروب التفاضل، إذا بيع بمثله، لكون

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: وَطِئَهُ.
(2) كلمة غير واضحة، ويصح الكلام بدونها.

المضروب لا يدخر ولا يصنع منه ما يدخر، بخلاف الحليب الذي يصنع منه ما يدخر كالجبن والسمن والأقط، وأجرى في جواز التفاضل في المخيض والمضروب اختلافاً في إثبات الربا، لكونهما نوعاً من جنسٍ الغالبُ ادخاره، أو يجوز فيهما الربا لكونهما في أنفسهما لا يدخران، فكذلك يكون حكم المخيض.

وقد ذكر القاضي **أبو محمد** رحمه الله في الكتاب الذي هذا شرحه وهو **التلقين**، اختلافاً في التين. وذكر ذلك مطلقاً من غير تقييد شتوي ولا صيفي، ويبعد نفي الربا عن التين المدخر لكونه مما يقتات كالزبيب. وإذا اتفق المذهب على منع الربا من الزبيب لكونه مقيساً على الثمن[1] المنصوص عليه في الحديث. فالتين كالزبيب في هذا المعنى.

وأما الزيوت فإنها مما منع فيها الربا، لكونها تدخر ويؤتدم بها. لكنها تتنوع أنواعاً، فما تحقق فيها ادخاره للائتدام ويكمّل القوت، فإنه يتضح على أصلنا إثبات الربا فيه، وعلى أصل **الشافعي** الذي يراعي الطعْم، وعلى أصل **أبي حنيفة**. لكن بعض أصحاب **الشافعي** قسمه على أربعة أنواع: أحدها: ما يدخر للائتدام كزيت الزيتون، وزيت الفجل وما أشبههما. والثاني: ما يدخر للتداوي كدهن الخروع، والخوخ، فإنه يثبت فيه الربا عندهم لكونه مطعوماً، والمطعومات خلقت لحفظ الحياة، على ما تقدم، فما كان منها مطعوماً لكنه لا يستعمل إلا تداوياً، فإنه يثبت فيه الربا، لأن الدواء والصحة على البدن السقيم، كما أن الغذاء والقوت يحفظ الصحة على البدن الصحيح، فقد استويا في كونهما قوتين لكن أحدهما اختياري، والآخر ضروري. وهكذا الهليلج[2] والبليلج يثبت فيهما الربا لكونهما من جملة الطعام ويَرُدّان الصحة على البدن السقيم، فكانا كما يحفظهما على البدن الصحيح.

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: التمر.
(2) في القاموس: إهْلِيلج.

ومن الادهان قسم ثالث، وهو ما يستعمل طيباً كدهن الورد والبنفسج والزنبق فإن فيها لكونها/ تؤكل، وليس إمساكها لما هو أعلى، وهو التطيُّب، بالذي يخرجها عن كونها مطعومة.

ومنها قسم رابع وهو مما لا يؤتدم به، ولا يتداوى، ولا يكون طيباً، كزيت البذر فإنه لا ربا فيه.

وهكذا اتفقوا الربا في الطين الأرميني لكونه مطعوماً يتداوي به. ونَفَوْه عن الطين الخراساني وشبهه لكونه لا يتداوى به، وإنما يكون لشهوة فاسدة كما يؤكل سفها وعيباً، وقد قال عليه السلام **لعائشة** رضي الله عنها: «لا تأكلي الطين فإنه يصفر اللون»[1]. وعندنا نحن اختلاف في جواز أكل الطَّفل سنذكره في موضعه إن شاء الله.

وأما الماء، فإنه لا ربا فيه عندنا، هذا المعروف من مذهبنا. وذكر القاضي **أبو محمد** أن[2] **ابن نافع** في الماء بالطعام/ إلى أجل لا يجوز، ليخرّج منها إثبات الربا فيه. وفي هذا التخريج نظر لأن من المطعومات ما يحرم بيعه بالطعام إلى أجل، ويمنع بيعه قبل قبضه، كالفاكهة التي لا تقتات ولا تدخر، ومع هذا المنع يجوز الربا فيها إلا على رواية **ابن وهب** التي قدمنا ذكرها، من اعتبار منع بيع الطعام قبل أن يسْتوفى، أن يكون الطعام مما يمنع فيه الربا. وأما أصحاب **الشافعي** فإنهم ذكروا أن من مذهبهم قولين في إثبات الربا في الماء، نفاه بعض أصحاب **الشافعي** وأثبته غيره من أصحاب الشافعي وهو الصحيح عند **أبي حامد الاسفرايني**، لكن **أبا حامد** خرّج من هذا الاختلاف اختلافاً في مسألة أخرى، وهو بيع دار بدار فيها بئران، وقلنا: إن الماء لا يملك، وإنما يمنع صاحبه منه لحيازته إياه، وكونه مستحقّاً للمنع من التطرق في داره، فإن بيع دار بدار جائز، لكون الماءين اللذين بهما غير مملوكين، فلم يقع عقد عليهما.

---

(1) انظر: تنزيه الشريعة المرفوعة عن الأخبار الشنيعة الموضوعة لابن عراق الكناني: 257.
(2) كلمة غير واضحة، ولعلها: رواية ـــ انظر المعونة: 2/963.

قال: وإن قلنا: إن الماء مملوك، وقلنا: إن الماء يثبت فيه الربا، منع من بيع دار بدار فيها بئران، لأجل اجتناب[1] هذا العقد على التعاوض بأمرين فيهما الربا وبأمرين لا ربا فيهما، وهذه أحجار الدار قبض هذا، كمن باع ثياباً ودنانير بثياب ودنانير وهو الذي خرجه في بيع دار بدار فيهما ذهبنا نحن إلى الصحيح، فخرج القاضي **أبو محمد عبد الوهاب** إخراج الربا فيه من الرواية التي ذكرناها عنه، وقلنا: الانتفاع مقصوده في العقود وجب منع بيع - دار بدار فيهما بئران حلوان، أو عينان كما قال **أبو حامد**. وإن قلنا: إن الأتباع لا حصة لها من الثمن، وغير مقصودة في العقود جاز البيع، وإن كان الماء فيه الربا، لكن الماءين تَبع في الدارين. وسنتكلم على هذا في بيع السيف المحلّى بذهب يسير، أو بيع الشجر المثمر بشجر مثمر مثله. وقد تقدمت إشارتنا إلى هذا في بيع الشجر المثمر بطعام إلى أجل، وذكرنا ما في ذلك من الخلاف. فوجه قول من نفى الربا في الماء كونه خلق للامتهان والبذلة حتى ورد في الشرع النهي عنه عند بعض العلماء، وما ذلك إلا تنبيهاً على المسامحة به وبذله. وقد قدمنا أن علة الربا مبنية على اكتساب الأقوات حرمة وشرفاً يجب أن يصان عن الامتهان إلا على خفة. فلو قلنا: إن الماء فيه الربا لكان هذا مخالفاً لموضوع الأصل الذي قررناه وعللنا به الربا، ووجه القول بإثبات الربا فيه بأنه طعام قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ مُبْتَلِيكُم بِنَهَرٍ فَمَن شَرِبَ مِنْهُ فَلَيْسَ مِنِّي وَمَن لَّمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّيٓ﴾[2] فسماه طعاماً، وإذا كان طعاماً فهو أيضاً مما يحفظ الحياة، والصبر عنه أقل من الصبر عن القوت، وفيه تكملة وتتميم القوت، فوجب أن يثبت فيه الربا.

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله:

فكل مسمى مما يحرم التفاضل فيه فإنه صنف مفرد بنفسه لا يضم إليه

---

(1) كلمة غير واضحة في الجميع، ولعلها: اشتمال.

(2) البقرة: 249.

سوى أنواعه، إلا الحنطة والشعير والسلت فإنها كصنف واحد، واختلف قوله في القطنية.

قال الفقيه الإمام رحمه الله تعالى: يتعلق بهذا الفصل تسعة أسئلة، منها أن يقال:

1) ما الدليل على كون القمح والشعير نوعاً واحداً؟[1]

2) وهل القمح والشعير جنسان؟[2]

3) وهل يضاف إلى القمح والشعير والسلت غيرها أم لا؟

4) وما حكم ما مسته النار مما تفرع من هذه الحبوب؟

5) وما حكم ما يستخرج مما فيه الربا؟

6) وما حكم ثمر النخيل؟

7) وما حكم اللحوم؟

8) وما حكم ما صُنع منها؟

9) وما حكم ثمنَ[3] صنع منها؟

10) وما حكم ما تولد عنها؟[4]

وما حكم المراتبة[5]

والله المستعان.

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

اختلف الناس في القمح والشعير هل هما جنس واحد أو جنسان؟ فذهب مالك إلى أنهما جنس واحد.

---

(1) لَمْ يَرِدْ الجواب عن هذا السؤال.

(2) جواب هذا السؤال هو الأول في الشرح.

(3) فراغ: بمقدار كلمة ولم يرد جواب عن هذا السؤال بالشرح.

(4) لم يرد الجواب عنهما في الشرح.

(5) لم يرد الجواب عنهما في الشرح.

ورُوي أن معمر بنْ عبد الله بعث غلاماً له بصاع قمح، وأمره أن يبيعه ويشتري به شعيراً، فأتاه بصاع ونصف، فقال له: ردّه، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل» وطعامنا يومئذ الشعير[1]. فهذا صاحب روى الحديث، وحمله على كونه يقتضي منع التفاضل بين القمح والشعير.

وأجاب المخالف عن هذا بأن لفظ الحديث لا يقتضيه، لأنه إن أراد بقوله «الطعام بالطعام» أي الشعير بالشعير لكونه طعامهم حينئذ، كما قال الراوي، فلا يختلف في تحريم التفاضل بين الشعير والشعير، وإن أراد الطعام بالطعام عموماً، جنساً كان أو جنسين، فإن هذا متفق على منع الذهاب إليه لكون التفاضل بين الجنسين جائزاً باتفاق إذا بيعا يداً بيد. وإذا كان هذا متفقاً عليه في الجنس الواحد أنه ممنوع التفاضل، افتقر إلى نظر آخر، هل القمح والشعير جنس واحد أو جنسان؟ على أنه قد روي في هذا الحديث أنه قيل **لمعمر**: إنه ليس مثله قال: أخاف أن يضارع[2]. وهذه إشارة إلى توقي التفاضل استحباباً لا إيجاباً.

وكذلك ما روي عن **عمر بن الخطاب** رضي الله عنه أنه نهى عن التفاضل بين القمح والشعير، يمكن أن يكون ذلك استحباباً لا إيجاباً. / **وسعد بن أبي وقاص** أنه ذهب إلى المنع من ذلك أيضاً فإن مذهبه وحده لا يكون كالإجماع، ويستدل مالك أيضاً على منع التفاضل بين القمح والشعير بأن ما تجانس من هذه الأطعمة منع التفاضل فيه وما اختلف جنسه جاز التفاضل فيه. والمعتبر في الجنسية ها هنا تجانس المنفعة وتقاربها لأنه المطلوب من هذه الذوات ومراد الخلق بها والمقصود بملكها؛ وأما نفس الذات فمالكها على الحقيقة الله سبحانه وحده القادر على إيجادها وإعدامها، وإنما يملك الخلق على الحقيقة الانتفاع

---

(1) البيهقي: 5/283.
(2) نفس المرجع السابق.

بها فاقتضى هذا اعتبار تساوي المنفعة وتقاربها لا اختلاف الصور والأشكال. والقمح والشعير قوتان متقاربان في القوتية، فوجب أن يكونا جنساً واحداً.

وأجيب عن هذا بأنهما غير متقاربين في القوتية لأنهما لا يقتاتان في بلد واحد على حد سواء، وإنما يقتاتان على جهات مختلفة، إما لعزة القمح وعدمه، فيرجع إلى الشعير، أو لاعتياد التقوت بأحدهما. وقد أكد **الشافعي** هذا بأن قال: التمر والزبيب جنسان مع كونهما قوتين حلوين يخرصان، فكذلك القمح والشعير.

ومما يعتمد عليه من قال: هما جنسان، قوله عليه السلام «البر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر» الحديث المذكور فيه «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»(1) فأفرد كل واحد من هذه بتسمية، وإفراده بها يدل على أنه جنس خارج عما سمى قبله وبعده من الأجناس، وأيضاً ففي بعض طرق الحديث «وبيعوا البر بالشعير والشعير بالبر كيف شئتم يداً بيد»(2) الحديث كما وقع.

ولا يعترض بأن القمح الجيد بينه وبين القمح الرديئ من التفاوت مثل ما بين دنيئ القمح وجيد الشعير، ثم مع هذا لا يحل التفاضل بين جيد القمح ودنيئه. ولا يتأول تسمية البر والشعير لأجل ما ذكرناه من دلالة هذا الحديث من كون اختلاف اسمائهما يشعر باختلاف أجناسهما.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

اختلف الناس في بيع ما فيه الربا من الحبوب بدقيقه، فذهب/ **أبو حنيفة والشافعي** إلى منع بيع البر بدقيقه. واختلف الرواة عن **مالك**، فذكر **ابن القصار** أنه روي عنه المنع إذا بيع أحدهما بالآخر كيلاً. ورواية الجواز على أنه إذا بيع أحدهما بالآخر وزناً. ومن أصحابنا من ذهب إلى حمل رواية الجواز على

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) البيهقي: 5/283.

مكيال الدقيق وزناً، ولا يكون ربا. ومن أصحابنا من ذهب إلى أن الروايتين معمولتان على إطلاقهما. وفي كتاب **ابن حبيب** أن الجواز فيما يكلفنا[1] بفعله الجيران على جهة المعروف، وأما ما كثر فلا يجوز، وقد قال رجل من أصحاب **الشافعي**: إن أبا عبد الله روي عنه أيضاً الجواز، فقال رجل من أصحابه: إنما أراد هذا الناقل بأن **أبا عبد الله الشافعيُّ** فيكون على هذا أيضاً اختلاف قولٍ **للشافعي**. وانكر أصحاب **الشافعي** هذا التأويل، وقالوا: إنما أراد هذا الناقل **أبا عبد الله** مالكا أو **أبا عبد الله أحمد بن حنبل**. وقد نقل عن **ابن حنبل** أنه يشترط في إجازة ذلك أن يكون التبايع وزناً.

وذهب **عبد العزيز بن أبي سلمة** إلى أنهما جنسان يحل التفاضل بينهما.

فمن ذهب إلى أنهما جنسان يستدل بخلاف التسمية والصورة، كما تقدم الاستدلال بهذا على كون القمح والشعير جنسين مع اختلاف الغرض أيضاً في ادخار القمح والدقيق.

ومن ذهب إلى المنع يرى أن التفاضل بينهما ممنوع لكونهما نوعاً واحداً. لكن أحدهما تفرقت أجزاؤه وهو الدقيق، والآخر بقي على صورته وليس بين جوهريهما اختلاف، ولا في المراد منهما، وبيعهما من غير تفاضل يمنع لأن كل ما أريد[2] بصنعة آدمي عن أصله في صفة الادخار والغرض فإنه لا يجوز بيعه بأصله إذا كان مما فيه الربا، كبيع التمر بالنخل، والحيوان باللحم، كما قدمناه في هذا.

وأما من يشترط في إجازته المماثلة من جهة الوزن، كما حكيناه عن **ابن حبيب**، وذكرنا أن **ابن القصار** تأوله على ذلك في رواية الجواز على الإطلاق، فإنه يقتضي تقدير أصل يستند هذا إليه، وهو أن ما حرم فيه الربا وطلبت فيه المماثلة، ويوجب[3] فيها اعتبارها بالمعيار المعتاد في زمن النبيﷺ، ويحمل

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: يطلبنا.
(2) هكذا في جميع النسخ، والمعنى يقتضي: تغيّر.
(3) هكذا في النسختين ولعل الصواب حذف الواو.

خطاب أهل زمانه في أمرهم بالمساواة على ما كانوا يعرفون المساواة من وزن أو كيل، فذكر بعض الناس أن ما كان أصله حينئذ الوزن فإنه لا يجوز بيع بعضه ببعض كيلا باتفاق، لأن الوزن أخص من الكيل، فإذا عدل عما هو أضبط للمساواة إلى ما هو دونه في ضبطها منع من ذلك.

وأما بيع ما كان أصله حينئذ الكيل وزناً فإن بعض الناس ذهب إلى جوازه اعتلالاً منه بأن غرض الشرع المساواة بين الطعامين المبيعين فبأي الأمرين اتفقت المساواة من كيل أو وزن فيما كان أصله حينئذ الكيل فإنه جائز.

وأجيب هؤلاء عن هذا بأن مطلوب الشرع حينئذ المساواة بالمعيار المعتاد حينئذ، ألا تراه قال في الحديث «كيلا بكيل» فإذا كان مطلوب الشرع المساواة بالمعيار المعتاد حينئذ وجب الاقتصار عليه وأن لا يعدل عنه إلى ما سواه، لأنهما لما عدل عنه أمكن أن يقعا في التفاضل والربا (لو تغير الطعامين بالمعيار المعتاد فيهما)[1]. ومال **ابن القصار** إلى جواز بيع ما اعتبر فيه الكيل حينئذ بالوزن، لحصول المساواة به وكونه أضبط للماثلة والمساواة من المكيال، وذكر أن القمح بالقمح لا يمنع من بيعه وزناً بوزن، وإن كان مذكوراً في الحديث الكيل لأن مقصود صاحب الشرع المساواة.

وأنكر هذا بعض الأشياخ، وقال: المعروف من المذهب خلاف هذا، وأنه لا يجوز بيع القمح بالقمح وزناً، لأنهما وإن تساويا في الوزن فقد يختلفان في المساواة/ إذا كِيلا، وقد قالﷺ: «المكيال مكيال أهل المدينة والميزان ميزان أهل مكة»[2] ولم يرد بهذا أنه ليس في العالم سوى ميزان أهل مكة ومكيال أهل المدينة، وإنما أراد الرجوع إلى مكيال أهل المدينة وميزان أهل مكة. وهذا يشير إلى منع تبديل ما كانوا عليه. وأما ما لا أصل له في المجاز[3] فإن من الناس من ذهب إلى أنه يعتبر فيه عادة المتبايعين به في بلادهم. فهذا فيه

(1) هكذا في جميع النسخ، والمعنى على: لو غُيرّ الطعامان بالمعيار غير المعتاد فيهما.
(2) مختصر سنن أبي داود: 5/12 ــ 15 حد. 3199.
(3) هكذا في النسختين.

مأخذ الخلاف في بيع القمح بالدقيق هل هما جنسان يحل التفاضل بينهما، أو جنس واحد يمكن المساواة أو لا يمكن.

وقد اعتل من ذهب إلى إمكانها ويطول[1] المساواة أن الدقيق فقد عين القمح، لكون أجزائه تفرقت وأجزاء القمح لم تتفرق، والتفرق والانضمام لا يخالف بين الشيئين.

وأجيب عن هذا بأن هذا التفرق في الأجزاء يوقع في التفاضل لكون الأجزاء التي هي ملء صاع أكثر من الأجزاء التي في الدقيق الذي هو ملء صاع، فإذا تفاضلت الأجزاء وشوهد التماثل في المعيار عياناً، فإن ذلك يمنع منه لتحقق الربا، كما منع التمر بالرطب، وإن تساوياً في المكيال، لما يحدث من تفاضل الأجزاء إذا جف الرطب، على ما سيرد بيانه بعد هذا، وذكر ما قيل فيه.

وقد أجرى بعض أشياخي هذا الاختلاف من بيع الدقيق بالقمح في بيع السميد بالدقيق لأن السميد إذا طحن زاد على مقدار الدقيق، فيختلف مذهبنا فيه على حسب ما اختلف المذهب في بيع القمح بالدقيق.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

لم يختلف أهل المذهب في كون القمح والشعير والسلت صنفاً واحداً لا يحل التفاضل بين أحدهما وبين الآخر. وقد قدمنا مخالفة **أبي حنيفة والشافعي** في هذا. وأما العكس ففيه اختلاف في المذهب هل هو مما يضاف إلى القمح والشعير والسلت أيضاً، أو هو جنس خارج عنهما. كما أن المعروف من المذهب كون الأرز والذرة والدُّخن لا يضاف أحد الثلاثة إلى القمح والشعير والسلت. لكن **ابن وهب** من أصحاب **مالك** نقل عنه إضافة هذه الثلاثة إلى القمح والشعير والسلت. وهو مذهب **الليث بن سعد**.

وإذا تقرر أن المذهب المشهور عندنا أن الأرز والذرة والدخن لا يضاف واحد منها إلى القمح والشعير والسلت، فإن المشهور أن كل واحد منهما أيضاً

(1) هكذا، ولعل الصواب: يقول:

صنف على حياله، لا يضاف أحدهما إلى الآخر. وعلى ما ذكر عن ابن وهب والليث يجب إضافة هذه الثلاثة بعضها إلى بعض.

وأما القطنية كالفول والعدس والحمّص وما في معنى ذلك، فإن الخلاف في إضافة بعضها إلى بعض مشهور في المذهب. ففي ذلك روايتان في إضافة بعضها إلى بعض على الجملة. وقيل: إن الحمص واللوبيا يضاف أحدهما إلى الآخر.

وأما الجلبان والسلت فيضاف أحدهما إلى الآخر أيضاً. وما سوى هذين لا يضاف فيه أحدهما إلى الآخر من بقية القطنية.

واعلم أن منشأ الخلاف في هذا كله على أصل المذهب حسب الغرض والمنفعة بالشيئين فما تباينت فيه الأغراض وتباعدت فيه المنافع عدًّا/ جنسين وما تشابهت فيه الأغراض وتقاربت فيه المنافع عد جنساً واحداً. فاتضح عند أهل المذهب تقارب الأغراض والمنافع في القمح والشعير والسلت فعدوا ذلك جنساً واحداً. واختلفت آراؤهم فيما ذكرنا عنهم الاختلاف فيه، فمن اعتقد في الشيئين أنهما تتباعد الأغراض فيهما وتختلف المنافع فيهما لم يضف أحدهما إلى الآخر. ومن اعتقد تشابه الأغراض والمنافع عد الشيئين جنساً واحداً. وقد يستدل على صحة الاعتقاد في هذا تساوي الشيئين في المنبت[1] وكونهما يقتاتان في البلد الواحد عموماً، كما اتفق ذلك في القمح والشعير عند أهل المذهب...

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

قد تقرر أن مما يغير صورة من جهة الصنعة طحنه. وقد تكلمنا على بيع الدقيق بالقمح. ومما يغير الدقيق أيضاً عجنه. وليس العجن صنعة تخرج العجين عن أصله. كما أن الطحن ليس بصنعة تخرج الدقيق عن أصله، كما تقدم. فلا يجوز التفاضل بين دقيق وقمح، ولا بين دقيق وعجين، ولا بين عجين[2]. ومن شرط جواز بيع أحدهما بمثله أو بأصله المماثلة في المقدار.

(1) كلمة غير واضحة في جميع النسخ رجحنا أنها المنبت.

(2) هكذا، ولعله: وعجين.

ولكن المماثلة في المقدار لا يمكن فيما بين عجينين ودقيق وعجين. لكن يختلف المذهب في جواز بيع أحدهما بالآخر تحرياً. فيتحرى في العجينين أصل كل واحد منهما من دقيق، وما بين العجين والدقيق أصل العجين من دقيق. فمن رأى التحري لا يوثق به، وأن كثيراً ما يقع الغلط فيه منع من ذلك لأن الشك في الوقوع في الربا بمعنى تحقق الوقوع فيه. ومن رأى أن التحري ها هنا يوثق به، والغلط فيه مما يندر، والضرورة تدعو إلى الرجوع إليه، أجاز التحري ها هنا.

وأمّا إذا كان المصنوع مسّته النار، فإن ذلك يكون بقلي القمح. فبيع القمح النيء بالمقلو رأى **مالك** أن فيه معمراً[1] حتى يطحن وأجازه **ابن القاسم**. وأما إن طحن المقلو حتى صار سويقاً فإن السويق يجوز التفاضل بينه وبين أصله وبينه وبين دقيق أصله. فسويق القمح يجوز التفاضل فيما بينه وبين القمح النيء وما بين دقيق القمح، لأن المنفعة فيه والغرض مخالف للقمح والدقيق والمنفعة مختلفة فوجب أيضاً أن يكونا جنسين بناء على ما تقدم تأصيله من اعتبار تشابه المنفعة والغرض أو اختلافهما.

والشافعي يمنع بيع السويق، ويرى أن ما صنع مما أصله الربا لا يجوز بيعه بأصله، ولا بيع المصنوعات منه بعضها ببعض، لاختلاف أجزاء الأصل فيها. وكذلك يمنع بيع الدقيق.

وأجازه **أبو حنيفة** في الخشونة/ والنعومة.

والحديدة بالسويق صنف واحد لتقارب المنفعة والغرض وقال **الأبهري**: حليل السويق. وأشار بعض أشياخي إلى إجراء هذا على ما كنا قدمناه من تخريج الخلاف في بيع السميد بالدقيق لكون السميد إذا طحن زاد مقداره إذا كيل على مقدار ما ساواه في الكيل من الدقيق، فكذلك الحديدة إذا طحنت زاد مقدارها على مقدار السويق الذي كان مساوياً له في المقدار. وسويق كل حب

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعلها: مغْمَزاً.

لا يجوز التفاضل بين حب هذا وحب هذا. لكن سويق القطنية لم يختلف المذهب في أن سويقها جنس واحد، لا يحل التفاضل ما بين سويق أحدها وسويق الآخر، لاعتقاد أهل المذهب أن المنفعة بسويق/ جميعها يتشابه والغرض فيها يتقارب.

وأما الخبز فإنه جنس مخالف للحب الذي صنع منه، والدقيق الذي عجن منه، لأن المنفعة والغرض قد اختلفا، بينه وبين أصله، فوجب أن يكون جنساً مخالفاً لأصله أيضاً، متماثل[1] للخبز الذي صنع من أصله، فلا يحل التعامل[2] فيهما.

وإن اختلفت التسميات، مع تساوي المنفعة والغرض، لم ير ذلك، كالكعك والخبز فإنه لا يحل التفاضل بينهما إلا أن يكون في الكعك أَبزار أخرجته عن الغرض المطلوب من الخبز، والمنفعة المقصودة منه، فيجوز حينئذ التفاضل كما يجوز بين الخبز والأسفنجة لكون الغرض والمنفعة بينها وبين الخبز مختلفاً.

واختلف المذهب في خبز القطنية مع الفول، فإن حبها أجناس مختلفة، هل يكون خبزها أيضاً أجناساً تابعاً إلى حبها، أو يكون جنساً واحداً بخلاف أصوله، لكون الغرض والمنفعة متساوية، فأشبهت السويق الذي اتفق المذهب على أنه جنس واحد إذا صنع من القطنية على اختلاف أنواعها، وإن كان في أنواع حبها من الخلاف ما قدمنا. فذهب **أشهب** إلى كون خبزها صنفاً واحداً كالسويق. **وابن القاسم** يذهب إلى إلحاق أخبازها بحبوبهما، وإذا وجب التماثل بين الخبزين إذا بيع أحدهما بالآخر فإنه يعتبر في ذلك كون النار أخذت منها أخذاً واحداً لتحصل الثقة، إذا بيعا جميعاً وزناً بوزن، أنهما متماثلان في المقدار. وإذا كان أحد الخبزين رطباً والآخر يابساً لم يحصل التماثل، وإن

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: مماثلا.
(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: التفاضل.

تماثلا في الوزن، لكون الرطب إذا جف نقص عن مقدار وزن اليابس، والتفاضل في المآل يعتبر كبيع الرطب. والتحري ها هنا يجري فيه من الخلاف ما قدمناه وما سنذكره بعدها.

وقد حمل بعض الأشياخ على المذهب على أن المماثلة ما بين الخبزين في المقدار يعتبر فيها الأصل الذي خُبِزا منه، فإن كان الأصلان مما لا يحل التفاضل بينهما، كخبز شعير وخبز قمح، فإنه يتحرى ها هنا الدقيق الذي عجن منه، ولا يعتبر الاتفاق في وزن الخبز، لأنهما قد يتفقان في ذلك، ويختلفان في أصل حبهما، أو دقيقهما. كان[1] ما عجنا منه يجوز التفاضل فيه اعتبر تساويهما في الوزن.

وقد ذهب **أشهب** إلى أن خبز الأرز والذرة[2] لا يحل التفاضل فيه بخلاف جمعه.

وقال أصحابنا: الخبز تابع للأصل، فإذا كانت الأصول أجناساً كانت الأخباز أجناساً. ومقتضى قول **ابن القاسم** عند بعض الأشياخ كون خبز هذه الثلاثة مختلفاً كاختلاف أصولها. فعلى رأي بعض الأشياخ يجري اعتبار المماثلة في هذه الأخباز وزناً وتحرياً، على ما قدمنا ذكره من الخلاف في أصولها. وقال بعض الأشياخ: إن اعتبار الوزن من غير التفات لحكم أصل الخبز لكون الخبز قد حكم بأنه جنس مخالف لأصله، فلا معنى بعد هذا للالتفات لتحري أصله.

وأما السلق للحب فإن بعض الأشياخ رأى أن الفول إذا سلق ضار بالسلق جنساً آخر مخالفاً للنيء منه، فيجوز التفاضل بينهما. ورأى بعض أشياخي أنهما صنف واحد، ولكنه لا يتضح هذا عنده اتضاح كون الترمس المسلوق جنساً آخر مخالفاً لما لم يسلق، فيحل التفاضل بينهما لأجل السلق، لكون الترمس يطول

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: وإن كان.

(2) في ش: والدُّخْن.

أمره إذا سلق، وتقصر المدة في سلق الفول.

وأمّا السلق للحب من غير أن تمسه النار فلا يكون بذلك جنساً مخالفاً للنيء، ولا يباع بالنيء، وإن تساويا في الكيل، لأنه ينقص الرطب إذا جف، ولا يباع مبلول بمبلول لاختلاف البلل، والشرع جاء بطلب المساواة في الحال، واعتبرها أيضاً في المآل، على ما سيرد بسط القول فيه في بيع الرطب بالتمر إن شاء الله عز وجل، لا رب غيره ولا خير إلا من لدُنه.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

أما الأدهان المستخرجة من أنواع فيها الربا، فإن منها ما يختص باسم الزيت، ومنها ما يختص باسم النبيذ. ومنها ما يختص باسم الخل.

فأما الزيوت فأنواع كثيرة كزيت الزيتون أو حبّ الفجل أو حبّ القُرطم أو الجلجلان أو الخس، إلى غير ذلك مما يكثر تعداده. فما خرج منها من أصل واحد لم يحل فيه التفاضل كما لا يحل في أصله، كزيت الزيتون على اختلاف أنواعه وألوانه كما لا يحل التفاضل بين الزيتون بعضه ببعض، وأن اختلفت أنواعه.

واختلف قول **الشافعي** فروي عنه أن زيت الزيتون وزيت الفجل أصناف، كما قلناه؛ وروى عنه أنه صنف واحد.

وقد قدمنا أن ما يُصلح القوت أو يكون إداما للقوت فحكمه حكم القوت في تحريم الربا. وأكثر هذه الزيوت يؤتدم بها لكن زيت زريعة الكتان ذكر **ابن القاسم** أنه لا ربا فيه لأنه لا يؤكل. وذكر **أشهب** أنه لا يباع قبل أن يُستوفى؛ وهذا يقتضي عنده أنه مما يؤكل لأنه ما ليس بطعام لا يمنع من بيعه قبل قبضه في مذهبنا. وأشار بعض المصنفين في نقله لهذه الرواية عن **أشهب** إلى أن مقتضى مذهبه إثبات الربا فيه مما يشير إلى سياق نقله للروايات، وقول **أشهب**: لا يباع قبل أن يستوفى، لا يتضمن كونه مما يمنع فيه الربا، إلا على رواية **ابن وهب**/ التي قدمناها، من أنه لا يمنع من بيع الطعام قبل استيفائه إلا أن يكون مما فيه الربا.

وبعض أشياخي مال إلى أن دهن اللوز لا يثبت فيه الربا لكونه عندنا لا يستعمل غالباً إلا تداوياً. وهذا بعيد عندي على أصل المذهب لأنه ربما كان الشيء قوتاً وإداما، ويترك في بعض البلاد الاقتيات به أو الائتدام لغلائه وعزّه، وإن كان مما يصلح عندهم قوتاً وإداما لو وجدوه، بل يؤثرونه على غيره.

وأما ما يختص باسم الدهن، في المعروف عندنا، كدهن الورد والبنفسج والياسمين، فإنها عندنا لا تتخذ للإدام بل للتداوي والعلاج، فتخرج بهذا عن حكم الأطعمة، عند بعض أشياخي، فيحل فيها التفاضل والنساء.

وللشافعية قولان: أحدهما: نفي الربا، والثاني: ثبوته، لأنه زيت[1] الجلجلان ولا تَعْلُق به سوى رائحة الورد أو البنفسج أو الياسمين، فلا يحل إلا مثلاً بمثل [على أن منهم من قال: لا تحل زيت الجلجلان مثلاً بمثل][2] لأنه يستخرج بالملح فصار كجنسين مختلفين من طعام بيعا بمثلهما. وأنكر **أبو حامد الإسفراييني** وقال: أن الملح يَبقى في الشرج.

وأما الدهن الذي يُتَدَاوى به ولا يكون طيباً فمذهبهم أن الربا فيه لأجل رده الأجسام إلى الصحة من[3] الأقوات، كما تقدم في ذكر مذهبهم، كدهن الخروج ودهن اللوز المر.

وصنف واحد من الأدهان لا ربا فيه، لكونه ليس إداما ولا داوء، ولا طيبا، كدهن السمك. هذا حكم الزيوت.

وأمّا حكم الأنبذة، كنبيذ التمر أو العنب، فإنه لا يحل التفاضل بين نبيذين أصلهما واحد، كنبيذي تمر أو نبيذي عنب. وأمّا ما أصله مختلف، كنبيذ تمر ونبيذ عنب، ففيه عندنا قولان: المشهور أن ذلك صنف واحد. وقال **أبو الفرج**: بل هما صنفان.

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: كزيت.
(2) ما بين المعقوفين زيادة من (ش). والظاهر أن (لا) زائدة والمعنى على الإثبات: يحل.
(3) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: كالأقوات.

وأما الخلول فإنها صنف واحد عندنا، وأن اختلفت أصولها، كخل العنب أو التمر أو الزبيب، فلا يحل التفاضل إذا بيع بعضها ببعض، ويجوز بيعها مثلاً بمثل. ووافقت الشافعية على جواز بيع خل الكُشْنَة[1] بمثله كيلاً بكيل مثله. ومنعت من ذلك في خل التمر بالتمر[2] لكون خل التمر يصنع بالماء، فيختلف أحد التمر[3] باختلاف/ قلة الماء وكثرته. والتفاضل في التمر حرام وكذلك التفاضل في الماء، على أحد القولين عندهم في إثبات الربا في الماء، وأما خل التمر بخل العنب فإنهما عندهم صنفان، كما أن أصوله صنفان. وأما خل العنب بخل الغريث[4] فلا يباع أحدهما بالآخر: لكونهما تفرعا من أصل واحد، وكل ما فيه الربا فلا يجوز عندهم ما صنع بأصله، ولا المصنوعات بعضها ببعض، لاختلاف أجزاء الأصل.

وقد قال **ابن القاسم في العتبية**: إن الخل بالنبيذ صنف واحد لتقارب أمرهما؛ وأجرى النبيذ مع الخل مجرى الخلول، هذا مع أن الخل يطول أمره، ولهذا كان المشهور من المذهب جواز بيعه بالأصل الذي عمل منه، فيباع خل التمر بالتمر، ويباع خل العنب بالعنب، ولا يباع نبيذ العنب بالعنب ولا نبيذ التمر بالتمر. وقد قال بعض الأشياخ منتصراً لما حكيناه عن **أبي الفرج** في كون الأنبذة أصنافاً بخلاف الخلول، وعنده إذا كان النيء لا يجوز بيعه بأصله لقرب عهده، فكان حكمه حكم أصله، فكما لا[5] يجوز التفاضل بين العنب والتمر فيجوز التفاضل بين نبيذيهما. وقد ذكر في **ثمانية أبي زيد**: لا يجوز بيع خل التمر بالتمر، ولا خل العنب بالعنب. وأجرى ذلك مجرى نبيذ التمر، ولم يجعل الطول في الأزمنة يخرج الخل عن حكم أصله في منع بيعه به، بل يمنع

---

(1) انظر تاج العروس 36/53.
(2) المعنى: خل التمر بخل التمر.
(3) المعنى يقتضي: أحد الخلين.
(4) كذا.
(5) هكذا، ولعل الصواب حذف: لا.

ذلك للمزابنة. وهكذا ذكره في **المدونة** أن النبيذ والخل ليسا كزيت الزيتون وزيت الفجل، لأن هذه مختلفة ومنافعها شتى. وقال بعض الأشياخ يحتمل أن يريد هذا كون النبيذ والخل صنفاً واحداً، كما قدمناه عن ابن القاسم. ويمكن أن يريد أن الأنبذة وإن اختلفت أصولها صنف واحد، وكذلك الخلول، وإن اختلفت أصولها فإنها صنف واحد، ولم يرد أن النبيذ والخل صنف واحد.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

لثمرة النخيل حالات: يكون طلعاً، وبلحاً صغيراً، وبلحاً كبيراً، أو زهوّاً، أو بُسْرا، أو رطباً، أو تمراً.

فأمّا الطلع فإن الشيخ **أبا إسحاق التونسي** ذكر أن في **المدونة** ما يفهم منه أن الطلع ليس بطعام. وفي هذا [ما][1] يفهم منه أنه طعام يمنع الربا فيه.

وأما البلح الصغير فإنه ليس بطعام، بل هو صنف لا ربا فيه. ولا يستبعد كون الطلع طعاماً، ثم ينتقل إلى كونه بلحاً صغيراً فلا يكون طعاماً لاختلاف ما يركب الباري سبحانه من طعم ومنفعة.

وأما البلح الكبير فالمعروف من المذهب أن فيه الربا. ووقع في **مختصر ابن شعبان** في بيع البلح الكبير بالبسر أو الرطب: تركُه أحبُّ إلي[2] أن يجوز. ومال بعض أشياخي إلى هذا، لكونه لا يدّخر، فخرج بكونه غير مدخر عما فيه الربا. وخرج الخلاف فيه من الاختلاف في إثبات الربا في العنب الشتوي، والبر[3] الشتوي، فمن نفى الربا فيهما فلكونهما لا يدخران، ومن أثبت الربا فيهما ألحقهما بالغالب من جنسهما وهو ما جد في الصيف فإنه يدخر وهو الغالب في هذه الثمرة.

وقد اختلف أيضاً في بيع الزيتون الذي لا يخرج منه الزيت بزيت الزيتون،

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب زيادة: ما.

(2) بياض بمقدار كلمة في جميع النسخ، ويتضح الكلام بتقدير: والظاهر.

(3) هكذا ولعلها التين.

فالمشهور المنع، وأجازه ابن نافع. وهذا أيضاً بناء على ما قدمناه من[1] لغالبه، وغالب الزيتون كون الزيت يخرج منه، ولا يجوز بيع الزيت بأصله الذي استخرج منه لما قدمناه.

وكذا يجري الأمر في بيع التين الشتوي بالصيفي، هل يراعى حكم نفسه،/ لكونه غير مدخر، أو يجري عليه حكم غالبه فيمنع التفاضل بسببه؟ ومن الغالب منه. وأما الزيتون الذي لا زيت له فإنه يمنع فيه التفاضلَ كونُه مدخراً، بخلاف التين الشتوي الذي لا يدخر.

وأما الرطب والبسر والتمر فإن التفاضل ممنوع في بيع/ شيء منها بنوعه. فيمنع بيع البسر بالبسر متفاضلاً. وكذلك الرطب بالرطب، والتمر بالتمر، وأما بيع الرطب بالتمر فقد اختلف الناس فيه. مذهب **مالك والشافعي** المنع منه وإنما[2] تماثلا في الكيل. ومذهب **أبي حنيفة** جواز البيع إذا تماثلا في الكيل.

وسبب هذا الاختلاف أن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال: «أينقص الرطب إذا يبس» قالوا: نعم. قال: «فلا، إذن»[3] فنبّه ﷺ على أنه قدم إليهم منع الربا في التمر في الحال، فكذلك ينبغي أن يعتبر في المآل. وقد علموا أن الرطب بالتمر، إذا بيع أحدهما بالآخر مثلاً بمثل، فإن الرطب إذا جفّ نقص عن مقدار التمر في الكيل، ونقصه في المكيل الحادث بعد النقد كأنه نقص موجود في حال العقد. والمخالف يقول: قد قال عليه السلام: **التمر بالتمر كيلاً بكيل**. وثمرة النخل تسمى تمراً في اختلاف أحوالها، وإن خصت بعض الحالات باسم رطب أو بسر، كما أن الصبيّ والشاب والكهل والشيخ إنسانٌ، وإن اختص بعض شيء من عمره باسم شاب وكهل. ويبين هذا أن الرطب بالتمر بينهما تفاضل في جنس العقد لا يجوز باتفاق إذا تحقق الفضل في

---

(1) مقدار كلمتين غير واضحتين في جميع النسخ، والمعنى: من إلحاق النادر بالغالب.
(2) هكذا في الجميع، ولعل الصواب: وإنْ.
(3) الموطأ: 2/147 حد: 1826.

الحال. والمآل أن الرطب يسمى تمراً لما منع التفاضل بينه وبين التمر لأن النبي ﷺ ذكر أجناساً فيها البر والشعير والتمر، وقال في آخر الحديث المتقدم ذكره فلولا أن الرطب تمر لم يمنع التفاضل بينه وبين التمر، كما لا يمنع التفاضل بين التمر والبر، لكونه عليه السلام خص كل واحد منهما باسمه. ويدفعون عن التعلق بحديث «أينقص الرطب إذا يبس»؟ بأن يقولوا: الحديث الصادر بإباحة بيع التمر بالتمر كيلاً بكيل معلوم صحته لكثرة رواته، لأن الأمة تلقته بالقبول، وعملت بموجبه لأجله، والحديثُ المذكور فيه نقص الرطب إذا جفّ، خبرُ واحدٍ يظن صحته ظناً، فلا يوازن بصحة الحديث المقطوع بصحته. وأيضاً فإنه زيادةٌ على قوله «التمر بالتمر كيلاً بكيل»، والزيادة على النص نسخ، ولا ينسخ مقطوع به بمظنون.

وندافعهم نحن عن هذا بأن هذا ليس بنسخ، إذ لا منافاة بينه وبين قوله في التمر بالتمر كيلاً بكيل، بل هو بيان حكم واحد، وهو اعتبار المساواة التي علق الإباحة بها في المآل، كما يعتبر في الحال، لا سيما إذا قلنا بالطريقة التي قدمناها في كلامنا على علة الربا، أن قوله: «لا تبيعوا البر بالبر إلا مثلاً بمثل» الحديثَ إنه نَهْيٌ عامّ على سائر أحوال بيع البر بالبر، إلا ما ثبت فيه المساواة التي جعلها سبباً للتخلص مما حرم، فيكون الأصلُ المنعَ إلا ما استثناه دليل، ولم يستثن الدليل إلا ما تساوى في الحال والمآل، على ما أفاده تنبيهه عليه السلام «أينقص الرطب إذا جفّ» وقد علمنا على هذا أن التحليل عند المساواة هنا رخصة، لأن العلة الطعم أو القوت، وهما موجودان حال المساواة، فصارت الإباحة المعلقة كالرخصة، لأجل الحاجة إليها، والحاجة إنما تعلّق عند الجفاف وإمكان الإدخار وتكامل الصنعة، فوجب تعليقَ المساواة بحالة الكمال التي تكمل بها المنافع، وتتحقق الحاجة حينئذ إلى الرخصة.

وهم يقابلون هذا بأن يقولوا: علّق التحليل بالمساواة، وإنما تمكن

الإنسان[1] المساواة ها هنا حال العقد، وبحال العقد تتعلق الأحكام ويتوجه الخطاب. وأما اعتبار المساواة بين الرطب والتمر إذا جف الرطب فلا يتصور لأنه إذا جف صار تمراً ولم يكن رطباً، وإذا لم يكن رطباً استحالت المساواة حينئذ بين التمر والرطب. ولا يُنقَضُ هذا بمعنى بيع القمح بالدقيق كيلاً، لأنا لم نمنع ذلك اعتباراً بما يحدث في المآل من زيادة في الكيل، لكن لكون الإنسان مخاطباً في بيع الحنطة بالحنطة بالمساواة قبل أن يطحن، فإذا طحن فقد منع نفسه من إمكان المساواة، فصار هو الذي جنى على نفسه في منع قدرته على المساواة، فلم يرخص له في هذا. والرطب بالتمر لا اكتساب له في نقص أو زيادة ولا جناية وقعت منه، فحسن الترخيص له، مع أنا قدمنا أن الرطب يُسمّى تمراً، فدخل في عموم قوله عليه السلام في البرّ «**كيلاً بكيل**» والدقيق لا يسمّى براً، فلم يدخل في عموم قوله «**البر بالبر كيلاً بكيل**» مع كون الدقيق هو أجزاء الحنطة التي تعلق بها الربا، ولكنها مفترقة، وأجزاء البر الذي لم يطحن مجتمعة، قبل حكم الربا فيهما على ما كانا عليه قبل الطحن.

وأما بيع الرطب بالرطب فإن المشهور عندنا جوازه. ومنع منه **عبد الملك بن الماجشون والشافعي**، ذهاباً إلى أن الرطب إذا بيع برطب اختلف بعضها عند الجفاف، وقد ورد الشرع باعتبار المماثلة.

وكذلك المذهب عندنا على قولين في بيع جديد التمر بقديمه. ومال بعض أشياخي إلى المنع من بيع الرطب بالرطب لاختلاف نقصه في المآل، إذا كان جُني من صنفين من أنواع التمر. وأما إن كان جني من صنف واحد فإن النقص فيه يتماثل. وهذا المعنى الذي أشار إليه صحيح إن سلم له أنّ مَا جني من صنف واحد تساوَى نقصه، ولا يختلف لاختلاف ما باشرته الشمس وكادت أن تنضجه، وما لم تباشره فتبقى رطوبته على الكمال. وقد أشار بعض الأشياخ إلى أن الرطب فيه أجزاء تمرية مازجها أجزاء من الرطوبة الحلوة، فصار هذا

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: حذفها.

تعاوضاً بجنسين عن جنس قبلها، لكون هذه الأجزاء التي انضافت إلى الأجزاء التمرية لما كانت هي المرادة والمقصودة في حال رطوبة هذه التمرة، وجب أن يكون للرطب حكم الجنس.

وكذلك يمنع عندنا بيع قصب السكر بعسله أو برُبّه الذي لم يدخله ابزار. ويمنع من بيع عسله بربه لأجل المزابنة التي قدّرناها في بيع الرطب باليابس.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال:

اللحم فيه الربا، لأنه مما يقتات ويحفظ الحياة ويؤتدم به، ومما يمكن /ادخاره بالتجفيف. لكن المقصود في عادة الاستعمال أكله طرياً، اقتياتاً وائتداماً، إيثاراً لما هو أشهى وأعذب في الطباع، مع كونه في نفسه صالحاً للإدخار. وما تساوى جنسه حَرم فيه التفاضل. فاللحوم عندنا ثلاثة أصناف، فتعلق به[1] الربا. وقد قدمنا أن ما اختلفت أجناسه من الربويات حل فيه التفاضل.

فذوات الأربع صنف واحد، وحشيّها وإنسيّها، صغيرها وكبيرها، لا يجوز فيها التفاضل، / فيمنع بيع شيء من لحمها بلحم الإبل أو الغنم أو الظباء أو الأرانب، متفاضلاً، ولا يجوز إلا مثلاً بمثل.

والصنف الثاني: ذوات الريش، وهي صنف واحد، داجنها وشاردها، صغيرها وكبيرها. فيمنع من بيع شيء من لحم الدجاج بأكثر منه من لحم الحمام أو العصافير أو الإوز أو غير ذلك من سائر أنواع الطير.

والصنف الثالث: داوب الماء فيمنع بيع شيء من أصناف الحوت بأكثر منه من صنف آخر، تساويا في الجرْم أو الطعم، أو اختلفا، فيمنع بيع التن أو القلقط، بالصند أو اللجمي[2]، متفاضلاً.

---

(1) هكذا في الجميع، ولعل الصواب: بها.

(2) أسماء عرفية غير واضحة كتابتها.

وأما الجراد فإنه صنف رابع والمعروف من المذهب أن بيع بعضه ببعض متفاضلاً جائز، وهكذا ذكر ابن المواز عن أشهب، وذكر ابن حارث عن سحنون أنه يمنع بيع بعضه ببعض متفاضلاً، وإلى هذا مال بعض أشياخي، ورأى أنه مما يدخر.

واختلف قول **الشافعي** فذهب إلى أن جميع اللحوم على اختلاف أنواعها صنف واحد، وذهب أيضاً إلى أنها أصناف شتى، فلحم الإبل صنف، ولحم البقر صنف، ولحم الضأن صنف، يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً. وإلى هذا ذهب **أبو حنيفة**، ومنع **ابن حنبل** من بيع اللحم الطري بمثله، واشترط في جواز البيع أن يكونا جميعاً جافين، فيجوز البيع حينئذٍ، مثلاً بمثل لا تفاضل بينهما. وكأنه رأى اللحم إن كان طريّاً كالرطب. وقد نبهنا نحن فيما مضى على أن المقصود في اللحم طراءته، والمقصود منه (إذا بيع التمر أو بيع بمثله على القول بالمنع من بيع رطب برطب بمثله)[1].

واعلم أنا قدمنا أن المعتبر في الجنسية تقارب المنفعة والأغراض. ومن اعتقد خلاف ذلك في لحم البقر مع لحم الضأن أو البقر[2] عدهما جنساً، كأحد قولي **الشافعي**، ومن رأى تقاربهما في المنفعة والغرض عدهما جنساً واحداً، كما ذهب إليه **مالك**.

وأما أحد قولي **الشافعي** فإن اللحوم كلها صنف واحد[3] في الاختلاف، فإنه اعتبر اشتراكها في تسمية لحم اسم خاص بجميعها يتناول جميع أنواعهما. بخلاف تسمية أجزاء الثمر ثمراً لأن لكل ثمر اسماً يخصها كعنب وتين ورمان وتفاح، وليس لكل نوع من اللُّحمان اسم يخصه، وإنما يميَّز بإضافته هذه التسمية إلى تسمية أخرى، فيقال: لحم بقر أو لحم إبل.

وأما الجراد فإن فيه اختلافاً في **الموازية** أن التفاضل في بيع بعضه ببعض

---

(1) ما بين القوسين هكذا نصه. هكذا في الجميع، ولعل الصواب: لا يجب أن يشرع.
(2) هكذا في جميع النسخ، والأوْلى حذف: أو البقر.
(3) كلمة غير واضحة في جميع النسخ.

جائز. ومنع **سحنون** بيع بعضه ببعض متفاضلاً، ورآه مما يدّخر، فيكون على هذه الطريقة لاحقاً باللحمان، ولكنه صنف رابع. فأحطت[1] علماً بهذه الأجناس، فبيع لحم بلحم مما يعد من جنسه متفاضلاً لا يجوز كلحم بقر بلحم الضأن أو لحم إبل بلحم بقر أو لحم حيوان من ذوات الأربع الوحشي بلحم إنسي. وعلى هذا الأسلوب يجري في بقية الأجناس والله المستعان لا ربّ سواه ولا خير إلا منه.

والجواب عن السؤال الثامن أن يقال:

إن اللحم إذا شوي أو قدّد من غير أبزار خالطته فإنه لا ينتقل عن حكم اللحم الطري، ولا يجوز فيه التفاضل. وأما التماثل في بيع الطري بالقديد فيعْسر الوقوف على حقيقته وزناً. وهل يجوز الاقتصار في التماثل على تحري المساواة؟ هذا مما اختلف فيه المذهب، وهو اختلاف في صفة، فمن منع المبايعة على المساواة تحرّياً رأى أن التحري لا يوثق به، وقد يغلط المتحري تارة، ويصيب أخرى، وقد قدمنا/ أن الشك في التفاضل في الربويات كاليقين به في المنع. ومن أجاز ها هنا الاقتصار على التحري، وقدره بما يُبعد الغلط فيه غالباً إذا كان من يتحرى عارفاً بالمقدار في هذا صحيحَ الحدس والتخمين فيها. وكذلك بيع اللحم الطري بالطري إذا بعد العهد بذبح أحدهما أو قرب عهد الذبح باللحم الآخر، لأن اللحم الأقدم ذبحاً أكثر جفافاً. وكذلك رأى **ابن حبيب** في القديد بالقديد والمشوي بالمشوي أنه لا يجوز فيه المبايعة لاختلاف تجفيف الشمس في القديد وتجفيف النار في الشواء، وإن كان المشهور من المذهب جواز بيع القديد بالقديد بناء على أن ذلك يكاد لا يختلف غالباً اختلافاً محسوساً واختلافاً مقصوداً. وبيع الطري بالقديد ممنوع كما يمنع الرطب بالتمر وهوم من المزابنة.

وأما إن صنع القديد بأبزار عظّمت فيه النفقة فإنه ينتقل حكمه عن حكم

---

(1) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: فإذا أحطت.

اللحم الطري، وعن حكم القديد الذي لا أبزار فيه، ويصير كجنس آخر من اللحمان يحل التفاضل بينه وبين ما ليس نم جنسه.

وأما إن طبخ بالماء صِرفاً وبالملح، فإن هذا الطبخ لا ينقله عن حكم أصله فلا يجوز بيع اللحم المصلوق باللحم الذي تمسه النار ولا الشمس متفاضلاً، ولا يجوز متماثلاً بالوزن لكونه بيعَ الرطْب باليابس. وأمّا ما ثبت فيه المساواة بالتحري فعلى القولين اللذين قدمناهما. وأما ما طبخ بشيء من المياه المعتصرة كالخل، وماء الحصرم، وماء الليمون، فإنه ينتقل عن حكم اللحم الطري الذي لم تمسه النار فيصير كجنس آخر يحل فيه التفاضل، فيجوز بيع السِّكباج والحصرمية والليمونية والسماقية والإجاصية بلحم لم تمسه النار ومتفاضلاً. وكذلك غير هذا من الأنواع التي يكثر تعدادها. لكن هذه الألوان التي ذكرنا بعضها كلها صنف واحد، وإن اختلفت المياه التي طبخت بها، فلا يجوز التفاضل بين حصرمية وليمونية وسماقية إلى غير/ ذلك من ضروب الألوان التي في هذا المعنى، لأن المطبوخات في هذه الأصناف تتقارب الأغراض فيها، وكأن المراد منها الائتدام، وهي من ناحية كونها إداماً متقاربة في الأغراض والمقصود. ومال بعض أشياخي إلى أن اختلاف هذه الألوان يصيّرها أجناساً إذا تفاوت الغرض فيها، فليس الغرض في الإسفندباج كالغرض في السماقية والحصرمية. وقد ذكر في **الموازية** أنه لا يحل التفاضل بين الأرز المطبوخ والهريسة. فإن كان مراده الهريسة المصنوعة من الأرز ولكن خالطها اللحم وضرب معها الأرز، فإن هذا مبني على أن مخالطة اللحم الأرز، هذا النحو من المخالطة لا ينقله عن حكم الأرز المطبوخ بغير لحم. فقدر أنهما جميعاً أرز ولحم مطبوخان، فلا يحل التفاضل بينهما. وإن أراد بالهريسة ها هنا ما صنع من القمح واللحم، فكأنه رأى أن الطبخ للأرز والقمح ينقل كل واحد منهما عن أصله، فيجوز التفاضل بينه وبين أصله؛ ولكن لا يجوز التفاضل بين هذين المطبوخين من هذين الأصلين المختلفين، كما ذهب إليه **أشهب** في أن خبز الأرز وخبز القمح صنف واحد لا يحل التفاضل بين هذين الخبزين، وإن

كان أصلهما مختلفاً يحل التفاضل فيه. وحكي هذا عن **ابن القاسم**، لكن مقتضى أصل **ابن القاسم** أن يكون أخبازهما صنفين، كما كانت أصولهما؛ كما وقفنا لك في أخباز القطنية أنها مختلفة لأجل اختلاف أصولها. وأما بيع الخبز بالهريسة، فبعض أشياخنا يراه جائزاً متفاضلاً، وهما/ صنفان لاختلاف الغرض فيهما، وبعض الأشياخ يتردد في هذا إذا بنى على الرواية التي ذكرنا عن **الموازية** في بيع الأرز المطبوخ بالهريسة وقدر بأن اللحم لم ينقل الأرز أو اللحم عن أصلهما مطبوخين والهريسة كذلك.

وإذا وضح أن المذهب إجراء المطبوخات مجرى واحداً، لتقارب الأغراض فيها على حسب ما قدمناه، فإن التفاضل لا يحل فيها، والمساواة بالوزن، يصير موجب الرجوع إلى طلب المساواة بالتحري. وتنازع المتأخرون في صفة هذا التحري، فقال **الشيخ أبو محمد بن أبي زيد**: تجري المساواة في اللحوم وأَمْراقها، لأن حكم مرقها كحكم لحمها، وكذلك يكون التحري في الهريسة إذا بيعت بالهريسة. ورأى غيره من الأشياخ أن التحري إنما يكون في اللحم خاصة، دون الأمراق. فكيف جرت الحال على هذا الاختلاف فإن المسألة تتعلق بمسألة أخرى نذكرها بعد هذا إن شاء الله تعالى، وهي بيع صاع قمح وصاع دقيق بصاع قمح وصاع دقيق، فإن المرق وإن عدّ حكمه كحكم أن الدقيق ليس هو صورة القمح وإن كان هو أجزاء القمح، كما قدمناه قبل هذا. وإن قلنا: إن الأمراق، وإن كانت تبعاً، فلا بدّ أن ترعى[1] حكم الربا فيها في نفسها، جرت على ما ذكرناه من بيع قمح ودقيق بمثلهما. ولا يكون بين المسألتين فرق إذا قيل: إن الاتباع تُراعى في نفسها في أحكام الربا.

وإذا علمت الحكم في التحري وما فيه من الاختلاف في بعض المسائل، فإن اللحم إذا بيع باللحم، طرياً بطري، تتحرى المساواة بين اللحمين على ما هما عليه. وذهب **ابن شعبان** من أصحابنا إلى أن التحري إنما يكون بين

(1) هكذا، ولعل الصواب: يُرَاعَى.

اللحمين على أنهما مجردان من العظم، ورأى أن الربا معلل بالقوت أو الإدام للقوت، وهذا المعنى مختص باللحم دون عظامه، وعظامه تختلف بالكبر والصغر والخشانة والرقة فيؤدي اختلافهما في هذا إلى عدم المساواة بين اللحمين.

ويجاب عن هذا بأن بيع التمر بالتمر جائز كيلاً بكيل، مع كون نَوَى كل واحد من التمر يختلف بوجوده في الوزن، واختلافهما أيضاً يتضمن اختلاف وزن التمر لوجود نواه، ولكن عُفي عن هذا الاختلاف للضرورة، وشدة الحاجة إليه، وكون هذا النوع خلق هذا من مصلحته، فلم يعتبر حكمه على حياله. فكذلك العظام مع اللحم. فلو أراد التبايع بشاتين مذبوحتين، وهما في جلدهما، فإن هذا فيه اختلافاً: قيل: إنه يجوز إذا تحرى المتبايعان المساواة بين اللحم. وقيل: هذا لا يجوز إذ لا يقدر على تحري ما تُجِنّه الجلود مما لم يدركه البصر، وهو شراء اللحم المغيب ولا تعرف صفته. وقيل: يجوز ذلك إذا استثنى صاحب كل شاة جلدها بموضع يجوز فيه استثناء الجلد، ولما كان الجلد ها هنا لا بدّ من سلخه ونزعه على اللحم لم يجر مجرى النوى في التمر، وكان له تأثير في بيع ما تحته من لحم على الخلاف فيه.

والجواب عن السؤال التاسع أن يقال:

يخرج من الحيوان لبن وسمن. فأما اللبن إذا بيع بلبن مثله في كل واحد منهما زبد فإن المعروف أن ذلك جائز، لحصول التماثل. وروى **أبو الفرج** رواية أخرى وهي المنع فيهما لأجل ما فيهما من الزبد المجهول. وهذا يحتمل أن يكون أراد أن الزبد مقصود، وهو مغيب لا يدرى مقداره، فبيْعه بزبد آخر أيضاً مغيّب لا يدرى مقداره من لبنه، غرر في عقد البيع، فوجب أن يمنع لأجل الغرر. ويمكن أن يكون اعتباراً بقوله: إن الزبدين مجهولان إلى الشك في حصول التماثل، والشك في حصول التماثل فيما فيه الربا ممنوع، كما يتحقق التفاضل فيه. وإذا كان هذا الحليب وما فيه من الزبد في حكم التبع، وجب أن يعفى عن الغرر فيه، لتعذر الاطلاع على مقدار ذلك في حَالِ العقد، فأشبه

في قطن الجبة و[1] المَبيعة التي لا تعرف إلا بعد فتحها مع كونها في حكم التبع، وكذلك الزبد. وإن حملنا قوله على أنه من[1] أشار إلى الشك في المماثلة، وقلنا: إنه بيع للحليب، والأتْباع تراعى في حكم الربا، فإنه يجب المنع منه لأنه قد يؤدي استخراجه من الحليب إلى عدم المماثلة بعد الاستخراج فأشبه بيع الرطب بالرطب على أحد القولين عندنا في عدمِه[2] لما يترقب من عدم المماثلة إذا جف الرطبان، ولم يعف عن هذا كما عفي عن نوى التمر. ومعلوم أنه إذا نزع فقد يؤدّي إلى عدم/ المساواة في التمر نفسه، لكون النوى من مصلحة التمر، وكذلك يدخر بخلاف الزبد. وأما ما يستخرج من الحليب من زبد، فلا بدّ من اعتبار التماثل فيه، والتماثل فيه يصح في المآل وكذلك إذا صير الزبد سمنا، فإن التماثل في السمن بالسمن يشترط في صحة العقد أيضاً، وكذلك الجبن بالجبن.

وأما الحليب إذا استخرج زبده وبقي مخيضاً لا يدخر ولا يصنع منه ما يدخر، فإن الباب فيه على قولين، أحدهما: أن التفاضل فيه ممنوع لكونه، ملحقاً بالغالب من جنسه والقول الآخر اعتباره في نفسه، وكونه مما لا يدخر، فلم يكن مما يمنع فيه الربا، كأحد القولين في التين الشتوي أيضاً.

وإن أمكن أن يصنع منه ما يدخر مثل الأقط وما في معناه، فإنه يحسن إثبات الربا فيه إذا كان هذا مما يقصد إليه (فيه شيء)[3] كثير من الأحوال. وقد أجاز في **المدونة** بيع الحليب المضروب بالسمن. وهذا يشير عند بعض أشياخي إلى أنه مما لا ربا فيه عنده، وأنه يعتبر فيه حكم نفسه في كونه غير مدخر. وأما لو لحق بغالبه، وكان فيه الربا لمنع بيع المخيض بالسمن، لأنهما جميعاً مما فيه الربا، وما كان فيه الربا لا يباع منه رطب بيابس، كما لا يباع السمن بالزبد. وقد منع في **المدونة** من بيع السمن بحليب لم يستخرج زبده، ورأى أن الزبد الذي

---

(1) هكذا، ولعل الصواب حذف: في، والواو، و(من).

(2) هكذا، ولعل الصواب: حِرمته.

(3) هكذا، ولعل الصواب: حذفها.

لم يستخرج كالمقصود، فيقتضي هذا البيع بيع الرطب باليابس، لأن الزبد كالرطب والسمن كاليابس.

وقد اختلف في بيع الحليب المضروب بالجبن، فمن أجازه رأى أنه مما لا يدخر، ولا مما يصنع منه ما يدخر، فلم يلحق بما فيه الربا. ومن كرهه رأى أنه قد يصنع منه الأقِط، وبيع الأقط بالجبن لا يجوز، فكذلك بيع الحليب المضروب بالجبن، لكونه يتأتى منه أقط، والأقط لا يجوز التفاضل بينه وبين الجبن، وأما الجبن بالأقط والسمن فإن هذه مدخرات، والتماثل في بيعها واجب، وهو لا يتأتى معرفته فيها فلا يباع بعضها ببعض.

وأما البيض فقد قدمنا أنه فيه الربا، في المذهب المشهور عندنا. وإذا أثبتنا فيه الربا، فكله صنف واحد. فبيض الدجاج والإوز وغيرهما نوع واحد، لا يحل بعضه ببعض متفاضلاً، وإنما يجوز بشرط التحري في المساواة، وأن يكون قدراً واحداً.

وإذا اقتضى هذا التحري مساواة بيضة واحدة ببيضتين قال **ابن المواز**: وذلك بعد أن يستثني صاحب بيض النعام قشره لأنه له ثمن، فإذا اشتمل عليه عقد صار كبيع عرض وطعام بطعام. وهذا الذي اشترطه **ابن المواز** لم يشترطه غيره، فيمكن أن يكون إنما أطلق الجواب لأنه لا يرى له ثمناً مقصوداً، أو يراه من مصلحة هذا النوع، فأشبه النوى في التمر. وقد قدمنا الكلام عليه. وقد قال بعض الشافعية: لا يباع العسل بالعسل حتى يصفّيا من شمعهما، لئلا يتفاضل العسلان بعد تصفيتهما من شمعهما، ورأى أن الشمعين كعرضين بيعا معاً بعسلين، ولم يرهما كالنوى في التمر، لأن العسل إنما يدخر مصفّى غالباً، والتمر إنما يدخر بنواه. والله المستعان.

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله.

والجنس الآخر مما يحرم التفاضل في عينه هو الذهب والفضة، على اختلاف صفتيهما، من تبر ومضروب ومهمل ومصوغ، فلا يجوز التفاضل في

الجنس الواحد منه بجنسه.

وما غيرته الصنعة من المأكول صار كجنس آخر، فيجوز التفاضل بينه وبين ما بقي على صفته. وذلك كالحنطة والدقيق والعجين بخبزهما، واللحم النيّىء بمطبوخه، والرطب والتمر والزبيب بخلّها.

وأما التفاضل في المعنى فمثل صاع مَعقِليّ وصاع دَقَل بصاعين برْنيٍّ لأن المعْقلى أعْلى من البرني، والدقل أجود منه، والبرني وسط بينهما.

وكل ما حرم التفاضل فيه جاز البيع فيه مع التماثل.

والجهل بالتماثل في المنع كتحقق التفاضل[1].

قال الفقيه الإمام رحمه الله تعالى:

هذا الفصل تكلمنا عليه، وإنما أوردناه ها هنا لأجل أنه افتتحه بالكلام على الربا في الذهب والفضة، ورأينا تأخير الكلام على الربا في الذهب والفضة إلى أن نتكلم على كتاب الصرف، كما رأينا الكلام على ما يمنع فيه الربا مضافاً إلى ما أضفناه إليه، ولا[2] لأنه مقتضى ما رتبناه نحن.

وقد تكلم ها هنا على الربا وجعله نوعين: تفاضل في العين وتفاضل في القيمة. والتفاضل في العين قد تكلمنا عليه. والتفاضل في القيمة رأينا تأخير الكلام عليه إلى كتاب الصرف، لأنه لماذكر منه ها هنا هذه المسألة، وهي بيع صاع[3] بصعين من التمر من جنس واحد بصاعين مختلفين من التمر، وقد وجدنا في **المدونة** الكلام على مسألة بيع مدّ قمح ومدّ دقيق بمد قمح ومد دقيق في كتاب السلم. رأينا أن نتكلم ها هنا (على ما في كتاب السلم من هذا المعنى خاصة في كتاب الصرف مبسوطاً)[4] إن شاء الله تعالى.

---

(1) التلقين. تحقيق الغاني: ص 367 ـ 368.

(2) كلمة لا معنى لها والأولى حذفها.

(3) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب بعد حذف: بصعين: وهي بيع صاعين.

(4) في الكلام نقص.

فاعلم أن كل جنس فيه الربا فإنه لا يباع شيء منه بجنسه، ومعهما أو مع أحدهما جنس آخر مثل أن يبيع صاع تمر بدينار وبصَاعَيْ تمر من جنسه. وكذلك لا يباع قفيز قمح وقفيز دقيق بقفيز قمح أو قفيزي دقيق، ولا قفيزا قمح بقفيز قمح وبقفيز دقيق. وكذلك لو كان بدل الدقيق شعيراً أو جنساً آخر من الأطعمة، أو عَرْضاً من العروض. وقد منع في كتاب السلم الثالث من **المدونة** بيع قفيز قمح وقفيز دقيق بقفيز قمح وقفيز دقيق. وأجاز ذلك **ابن المواز** لأنه قال بجواز بيع قفيزي قمح وقفيز دقيق إذا كان قفيز القمح مثل القمح والدقيق أو أدنى منهما، أو مثل أحدهما أو أعلى من الآخر وأدنى، على حسب ما نجيزه في المراطلة ما بين ذهبين مختلفين بذهب واحد منفرد. فلما قيل **لابن المواز**: إن **مالكاً** يمنع من بيع قفيز قمح وقفيز دقيق بقفيز قمح وقفيز دقيق، قال: إنما منعه للذريعة ولا بأس به عندي.

وقال **ابن ميسر**: لا يعجبني ما قال **ابن المواز**. فصارت المسألة عندنا على قولين، والمشهور المنع/ ، إذا انضاف جنس مع أحد العوضين، أو انضاف مع كل واحد منهما جنس آخر.

وبالمنع قال **الشافعي**: وبالجواز قال **أبو حنيفة**.

وأشار بعض أشياخي إلى أن هذه المسألة خارجة عن أحكام المراطلة بين الذهوب، لأن الذهب مما يتساوى ما كان منه من سكة واحدة قطعاً. والتساوي في الأطعمة طريقه الاجتهاد، ولهذا عدل **ابن القاسم** في التمثيل في **المدونة** عن المراطلة إلى مثل بيع دينار ودرهم بدينار ودرهم، لكون الدراهم المقابلة للدنانير إنما يعرف مقدارها منها بالتقويم، والتقويم طريقه الاجتهاد، وما طريقه الاجتهاد يغلط فيه ويضاف. وقد خرج في الصحيح أنه عليه السلام أتي في خيبر بقلادة فيها خرز وذهب فأمر ﷺ بالذهب الذي في القلادة فنزع، ثم قال عليه السلام: «**الذهب بالذهب وزناً بوزن**» وفي بعض طرق هذا الحديث أنه قال: «اشتريت قلادة فيها خرز وذهب باثنى عشر ديناراً، ففصلتها فوجدت فيها أكثر

من اثنى عشر ديناراً فقال عليه السلام: «**لا يباع حتى يفصل**»[1] وظاهر هذا يقتضي المنع من بيع الذهب مع جنس آخر بذهب منفرد، لأنه نهى عن ذلك وعن[2] الإباحة بالتفصيل وقال: «**الذهب بالذهب وزناً بوزن**»[3]. وهذه إشارة إلى الرجوع إلى المساواة قطعاً ويقيناً، ولا يكون ذلك إلا بالميزان. **وأبو حنيفة** يشترط في جواز هذا أن يكون الذهب الذي أضيف إليه غيره من الذهب المنفرد عوضاً عن الجنس المضاف إلى الذهب، وتغالى في ذلك حتى يجيز درهماً في قرطاس بمائة درهم، ويجعل درهماً من المائة مقابلة الدرهم الذي في القرطاس، والتسعة وتسعون درهماً في مقابلة القرطاس وعوض عنه. وقد ذكر عنه في هذا الحديث: أنها لما فصلت وجد فيها أكثر من اثني عشر ديناراً. فيتعلق **أبو حنيفة** بهذه الرواية، ويقول: إني مشترط في الجواز أن يكون الذهب المنفرد أكثر من الذهب المضاف إليه جنس آخر لتحصل المساواة بين الذهبين، ويكون ما زاد من المنفرد عوض الجنس المضاف إلى الذهب حتى يقدّر العقد الواحد كعقدين منفردين. وها هنا قد ذكر أن الذهب الذي في القلادة أكثر من المنفرد، وإنما يمنع من هذا البيع إلا بشرط كون الذهب المنفرد أكثر من المضاف إليه غيره.

ويجاب عن هذا بأنه عليه السلام أشار إلى علة المنع وقال: **الذهب بالذهب وزناً بوزن**، وإذا بيع ذهب منفرد بذهب وسلعة أخرى فإن الذهب المنفرد لم يبع بالذهب وزناً بوزن، لأنه إنما قابل الذهب المنفرد شيئان يفترقان إلى أن يعلم فيه كل واحد منهما بالنسبة إلى صاحبه. فإذا احتيج إلى **ذلك**، ونظر في التقويم، والنص على الذهب المنفرد، فقد يقابل الذهب المنفرد من الذهب المضاف إليه غيره ما هو أكثر أو أقل أو ما يساويه والخروج عن المساواة بين الذهبين أو **الجهل** في المساواة يمنع من صحة البيع. وإلى هذا أشار **مالك**

---

(1) إكمال الإكمال: 4/272.

(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: علّق.

(3) إكمال الإكمال: 4/273.

رضي الله عنه بقوله: قد يترك فضل شيء على غيره لما أخذ عن فضيلته في الأخذ. وبهذا علل **الشافعي** أيضاً، وقال: إن كل معاوضة تفتقر للتقويم لا تتحقق فيها المقابلة للمفرد إلا بعد النظر والتقويم، والنظر والتقويم قد يخرج إلى التفاضل، أو يمنع تيقن المساواة، فوجب المنع. ألا ترى أن من باع شِقصاً بدابة وثوب فإنه لا يدري ما يقابل الشقص من الثوب والدابة إلا بعد التقويم، فإذا قوم ذلك بقي عليه ما يستحق من شفعة أو رجوع بثمن مغيَّب أو ثمن مستحق وهذا يؤكد ما قلناه من الوقوع[1] والتفاضل أو الجهل بالمساواة.

وأبو حنيفة يجيب عن هذا بأن الحديث ذكر في بعض طرقه أنه وجد في القلادة على حسب ما ذكرنا عنه. وقد قال **الطحاوي** إن حديث فضالة بن عبيد فيه اضطراب، وقد روي موقوفاً عليه، فإن صح أن الحديث مَرْفوع، فإنما نهى عن ذلك لئلا يغبن أهل المغنم فيما يبيع لهم. وقد كشف الغيب وجه الغبن لأنه وجد في القلادة من الذهب أكثر من وزنها.

عندي أنه إنما أشار بوقف هذا الحديث على **فضالة بن عبيد** بما خرجه **مسلم عن عمر**[2] أنه قال: كنا مع **فضالة بن عبيد** فقال: انزع ذهبها فاجعله في كفة، واجعل ذهبك في كفة، ثم لا تأخذنّ إلا مثلاً بمثل، سمعت النبيّ ﷺ يقول: «**من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يأخذن إلا مثلاً** بمثل»[3].

ويجيب أصحاب **أبي حنيفة** عما ذكرناه من طرق الاعتبار، بأن ها هنا العقد لا بدّ من اعتبار أنواع الاقتسام فيه، فاعتبرتم أنتم الاقتسام من ناحية التوزيع والفصل، ليحصل لكم التفاضل من ناحية التقويم بين الذهبين أو الطعامين. واعتبرنا نحن التقسيم من جهة أخرى، وهو أن العقد إن قصد فيه إلى مقابلة الفرد بالفرد، بأن يجعل صاع التمر قبالة أحد الصاعين، والدينار الذي مع

---

(1) هكذا في الجميع، ولعل الصواب: في.

(2) هكذا في جميع النسخ، والصواب: حَنَش. إكمال الإكمال: 4/ 273.

(3) الإحالة السابقة.

صاع التمر قبالة الدينار، صحّ التعاوض على هذه الصفة، والجمع إذا قوبل بالجمع قوبل الفرد بالفرد، كما يقال: ركب القوم دوابهم، ولبسوا ثيابهم. فالمراد مقابلة الفرد بالفرد، وهو أن كل رجل ركب دابته ولبس ثوبه، وإن صرفنا هذا الانقسام إلى مقابلة الجمع بالجمع على التوزيع والشياع، اقتضى ذلك فساد العقد، كما قلتم، وإذا احتمل العقد وجهين جهة صحة وفساد، صرفت عقود المسلمين إلى الوجه الصحيح الذي يتدينون به. ألا ترى أن من باع سلعة بدنانير ولم يسم سكتها، وفي ذلك العقد سكك مختلفة، لكن العرف تبايعهم بسكة معينة، وبكون البلد لا سكة فيه سوى سكة واحدة، فإن لفظ الدنانير يحمل عليها، وما ذلك إلا لأجل وجوب حمل عقود المسلمين على الوجه الجائز.

وأما وجوب التوزيع والفصل فيمن باع شِقصاً وسبعاً بدابة وثوب، فإنما ذلك لأنه ليس له/ وجها صحة وفساد يجب حمله على أحد الوجهين، وهو وجه الصحة. فلا مرَجِّحَ يقع بين احتمال واحتمال في نفس أحد العوضين للشقص. (ولو فرضنا فيه مقابلة الفرد بالفرد لم يجز فرقاً بين حملنا كون الشقص في مقابلة الثوب حملنا له على أن يكون في مقابلة الدابة لا صحة وفساد ها هنا يتقابلان يقع الترجيح بينهما ولهذا استغنى إلى موافقتهم ها هنا على وجوب التوزيع والقصر)[1].

ولا ينقض هذا علينا بأنا نمنع من بيع دينار بدينارين مع احتمال أن يكون أحد الدينارين مقابل الدينار الفرد، والدينار الثاني هبة، لأن هذا خلاف نص اللفظ لأنهما جعلا الدينارين جميعاً بيعاً وعوضاً، فصرف أحدهما إلى كونه هبة إبطال عقد المتعاقدين. وإذا باع ديناراً وصاعاً من تمر بصاعين من تمر، هما جنس التمر، لما صاف[2] إلى الدينار، فإن مقابلة الفرد ها هنا وصرف المعاوضة إلى مقابلة الصاع بالصاع ومقابلة الصاع الآخر بالدينار وليس فيه

(1) ما بين القوسين كلام فيه اضطراب.
(2) هكذا، ولعلها: لأضاف.

إبطال النص الذي تعاقدا عليه. وكذلك أيضاً إذا نوقض مخالف أبي حنيفة بإيجازهم[1] بيع درهمين جيدين بدرهمين رديئين، مع إمكان العض[2] ها هنا أجابوا عن هذا بأن هذا لا يتصور فيه الفضل من جهة التقويم والعض[2] ولأنه معلوم أن الدرهمين الرديئين دون الدرهمين الجيدين في القيمة، ولكن كل درهم من الجيدين أو الرديئين مثل صاحبه فلا يقع اختلاف ها هنا من جهة التقويم والعصر[2] لتساوي الدرهمين في كل واحد من الجانبين وإنما يقع الاختلاف والتفاضل من ناحية التقويم وإذا[3] اختلف العوضان المقومان، وكانا في حكم الجنسين، ألا ترى أن من باع قمحاً بمثله فاستُحِق بعضه فإنه يرجع فيما باع فصعد أن[4] المستحق بنسبة التجزئة لا بنسبة التقويم. وكذلك أيضاً يجاب أصحاب أبي حنيفة عن استشهادهم في وجوب حمل العقد على الصحة إذا تقابلت الاحتمالات في العقد، بإن كل سكة يجوز العقد بها، فما تردد هذا العقد إلا من وجوه كلها صحيحة ولكن إنما يحمل العقد على نقد البلد لأجل العرف والعادة التي تقوم مقام النطق والاشتراط. ولعلنا أن نعيد الكلام على هذه المسألة في كتاب الصرف ونصف به ما تعلق به منه.

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: إجازتهم.
(2) هكذا، ولعل الصواب: النقص أو الغض.
(3) هكذا، ولعل الصواب حذف الواو.
(4) كلمة غير واضحة، ولعلها: بفقدان.

فصـل

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب في المزابنة:

والمزابنة يجمعها بيع معلوم بمجهول من جنسه، كالرطب بالتمر والعنب بالزبيب ورطْب كل تمرة بيابسها، أو حَبٌّ كالحنطة المبلولة باليابسة، والدقيق بالعجين؛ والحي الذي يراد للحم، كالكبش، باللحم من جنسه، والمشوي[1] (فلا يجوز)[١] والمالح بالطري والسمسم بالشيرج[2]. وهذا فيما بعده[3] الربا ومنع[4] مجهول بمجهول من جنسه كصبرة بصبرة أو جزاف بجزاف، وثمرة نخلة بثمرة نخلة أخرى. وأمّا فيما يجوز التفاضل في بعده[٣] فإن تحققت الزيادة جاز أو إن لم تتحقق دخله الحَظر. ويجوز الرطب بالرطب متماثلاً وكذلك البر بالبر[5] وقسمة اللحم والسمن[6] على التحري[7].

قال الفقيه الإمام رحمه الله:

هذا فصل قد تكلمنا على أكثر المسائل التي ذكرها القاضي **أبو محمد** في هذا الفصل للقدر الذي قدمنا من أنا توخينا ترتيب **المدونة**. ولكنه تكلم ها هنا على المزابنة.

---

(1) في الغاني: والمشوي بالنِّيّيء.
(2) في الغاني: وما أشبه ذلك.
(3) في الغاني: نقده. والمعْنى: فيما يجري في عينه الربا.
(4) في الغاني: ومنها.
(5) في الغاني: اللبن باللبن.
(6) في الغاني: البيض.
(7) في الغاني: جائز.

فاعلم أن أصل هذه اللفظة مأخوذة من الدفع، يقال: ناقة زبون، إذا منعت من حِلابها. وقال معاوية: ربما زبنت، يعني الناقة، فكسرت أنف حالبها. ويقال للحرب: زبون لأنها تدفع بنيها للموت، ومنه سمي ملائكة العذاب زبانية لأنهم يدفعون الكفرة إلى النار. ومنه سمي الرجل المغبون زبوناً لأنه كالمدفوع عن وجه الصلاح له في البيع. وقد ثبّت عن النبيّ ﷺ النهي عن المزابنة. فذكر في الصحيح أنه عليه السلام **نهى عن المزابنة**.

قال: **والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلاً، وبيع العنب بالزبيب كيلاً، وبيع القمح بالزرع كيلاً**[1]. وهذا لأجل أن هذه الأجناس إذا بيعَ بمثله كيلاً لم تستحق[2] المساواة إلا مع كَيْلِهِمَا جميعاً، وإذا كان أحدهما جزافاً أو هما جميعاً جزافان أمكن أن يكون بينهما تفاضل. وقد قدمنا أن تحقق الربا في المنع مثل الشك فيه. فإذا كان التعاوض بما فيه الربا منع لأجل الشك في الربا، ومنع أيضاً لأجل الغرر والتدافع الذي هو المزابنة، وكل واحد من المتعاقدين/ يقدّر أنه غبن صاحبه. وهذا من الغرر والتخاطر. فإن كان هذا التعاوض مما لا ربا فيه منع أيضاً لأجل التخاطر والغرر، حتى يتبين الفضل في أحد العوضين فيرتفع الخطر والغرر ها هنا عند تبين الفضل بكون أحدهما أكثر من الآخر. فإذا كان التعاوض بجنسين مختلفين انتقلت الأغراض إلى اختلاف منافع الأعْواض فلم يقع التخاطر. فإذا كان العوضان من جنس واحد لم ينصرف الغرض إلا إلى القلة والكثرة. وقد قال في **المدونة** في آخر كتاب السلم الثالث: كل شيء لا يجوز أن يباع منهما[3] مجهول بمجهول ولا مجهول بمعلوم حتى يتبين الفضل، ولو كان ذلك تراباً. وقد عارض بعض الأشياخ هذا الذي وقع ها هنا فقال: إن بيع، ما فيه الربا محرم، يجوز إذا كان مما يكال. وهذا المنصوص عليه في المذهب، وإنما كان ذلك كذلك لأجل أن الميزان قد يتعذر في كثير من الأماكن فتدعو

---

(1) الموطأ: 2/148 ـ 149.

(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: تتحقق.

(3) هكذا، ولعل الصواب: منه.

الضرورة إلى العدول عنه إلى غيره، وما ذلك إلا بأن يتحرى أن يكون الشيئان يتقابلان في الوزن، وأما المكيال/ فلا يتعذر وجوده أو وجود ما ينوب[1]، ولو أن يكتال[2] أحدهما أو بجفنة فالعدول عن المساواة (لا من يشاهد إلى التحرز غرراً)[3]. من غير ضرورة تدعو إليه. ولكن هذا إنما يجوز في القليل لا الكثير، لأنه لا يضبطه التحري ضبطاً يوثق به. ويشترط أيضاً في جواز القليل أن يكون المتعاقدان بحيث يتعذر عليهما الميزان حتى يضطر إلى التحري. لكن ذكر في كتاب السلم من **المدونة** أنه أجاز السلم في اللحم تحرياً، وقد بينّا هناك معنى هذا التَحري، والسلم إنما يقبض إلى أجل يتأخر عن العقد، ولا يعلم المتعاقدان حينئذٍ هل يتعذر الميزان عند حلول الأجل أم لا، إلا أن يريد إذا أمكن تصوره عند الأجل سومح باشتراط العدول عنه حين العقد، لأجل هذه الضرورة التي تُتَرَقَّبُ. ومن الناس من أبقى هذه المسألة على ظاهرها وقال: لا يجوز الاقتصار على التحري إذا تبايعا ما يجوز فيه الربا، لأنهما لا يتحفّظان في التحري لاعتقادهما أنه لا إثم عليهما[4] في التفاضل. ولم يتكلم ها هنا إلا على ما يجوز التفاضل فيه، ويتكلم في إباحة التحري فيما يوزن من لحم أو خبز فيما فيه الربا، فلا تعارض بين الجوابين، وهذا ضعيف لأنهما يؤمران بالتحري ها هنا، لئلا يقعا في الغرر الذي نهى عنه بطاعتهما للأمر باجتناب الغرر لإطاعتهما للأمر باجتناب الربا. ومن الأشياخ من قال: لم يقصد بهذه المسألة التي ذكرها في آخر كتاب السلم الثالث منع بيع مجهول بمجهول إذا تحريا ذلك كما يجب، وإنما يتكلم على بيع الجزاف بالجزاف لم يقصدا فيه إلى تحري المساواة. وقد ذكرنا أن المزابنة والغرر إنما يتصور بتجانس العوضين، وإذا اختلفا انصرفت الأغراض لاختلاف الأعواض، على حسب ما بيناه، وقد حكموا ببيع المصنوع بالأصل

(1) أي: عنه.
(2) بياض بمقدار كلمة.
(3) كلام غير واضح.
(4) بياض بمقدار كلمة.

الذي صنع منه، بأنهما جنسان إذا كان المصنوع لا يمكن أن يعود إلى أصله، كبيع غزل بثوب منسوج، فإن ذلك يجوز، وإن لم يتبين الفضل، إلا أن يكون الثوب من خزّ فلا يباع بخز، لأن ثوب الخز قد ينفش فيرجع خزاً كما كان، وإذا كان المصنوع يعود إلى أصله اعتبر فيه تبين الفضل، وجرت فيه أحكام المزابنة، كبيع طست/ نحاس، لأنه قد يسبك الطست فيعود نحاساً كما كان. وأجاز في **المدونة** بيع المصنوع بالمصنوع وإن تجانس أصلاهما وأمكن أن يعودا لأصلهما، كطست من نحاس بمنارة من نحاس، ورأى أن المقصود اختلاف الصنائع، وكذلك العُروض المختلفة.

وأجاز في **المدونة** التفاضل ما بين الفلوس والنحاس، وإن كان النحاس أصلاً للفلوس، ولم يُجْر النحاس مجرى التبر الذي يصنع منه الدنانير، لكون الربا في الدنانير محرماً باتفاق، والربا في الفلوس غير متفق عليه على ما سنبينه في كتاب الصرف إن شاء الله.

وأما القسمة إذا وقعت بالتحري تجري على ما قلناه، ويتضح هذا فيها إذا قيل: إنها بيع من البيوع. ويتكلم على هذا في موضعه إن شاء الله، ونذكر الخلاف فيه: هل القسمة بيع من البيوع أو تمييز الحقوق؟ وبالله التوفيق.

كتاب بيوع الآجال



بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

كتاب بيوع الآجال.

قال الشيخ الإمام، رضي الله: لما لم يشتمل كتاب التلقين للقاضي أبي محمد، رحمه الله، على تنصيص في مسائل بيوع الآجال المذكورة في المدونة وغيرها، رأينا أن نملي فيه فصولاً تشتمل على نكت يعتمد عليها ورتبنا ذلك فصولاً: الفصل الأول يشتمل على أربعة أسئلة، منها أن يقال:

1 ـ ما معنى حماية الذريعة التي بني عليها مسائل هذا الكتاب؟

2 ـ وما الدليل على اعتبارها في البيوع؟

3 ـ وما يجتنب فيها؟

4 ـ وما تقاسيم أنواع البيع المعتبر فيه؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

أما حقيقة الذريعة عند الفقهاء، فإنها منع ما يجوز لئلا يتطرق به إلى ما لا يجوز. وأصل هذا عند العرب أن الناقة الشاردة إذا استوحشت نصب لها ما تألفه من الحيوان لتحن إليه فيمكن حينئذٍ ضبطها، فنقل هذا المعنى إلى ما فسرناه من مرادهم، لأن ما لا يجوز من البياعات ويحرم العقد عليه قد يتحيل عليه بإظهار صورة يجوز في الشرع العقد عليها حتى تكون وُصْلة إلى نيل ذلك المحرم.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

اختلف الناس في اعتبار حماية الذريعة في بياعات الآجال، فأثبته مالك وأبو حنيفة، وأنكره الشافعي تعلقاً منه بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾(1). وعموم هذا يقتضي جواز ما منعه مالك وأبو حنيفة في بياعات الآجال التي بني المنع فيها على حماية الذريعة. وهكذا استدل بعموم قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾(2). وهذه البياعات المشار إليها هي تجارة عن تراض من المتبايعين. ويستدل أيضاً بأن مالكاً وأبا حنيفة وغيرهما من المانعين لهذه البياعات، التي يأتي التفصيل عليها، إنما اعتمدوا على تهمة المتبايعين وأن ما أظهراه من بياعات جائزة وأخبرا أنهما عقدا في الباطن على ما اقتضاه الظاهر لم يصدقا في خبرهما يقيناً، وقد يظن بهما أنهما تحيلا، بما أظهرا، على عقد بيع لا يجوز في الشرع، وهذا سوء ظن بالمسلمين وقد قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱجْتَنِبُواْ كَثِيرًا مِّنَ ٱلظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ ٱلظَّنِّ إِثْمٌ﴾(3) والشرع إنما أمر بتحسين الظن بالمسلمين لا بسوء الظن بهم.

وأما مالك وأبو حنيفة وغيرهما، فإنهم يستدلون بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾(4) فنهى عن سبّ أصنامهم وغيرها مما يعبدونها مما لا حرمة له لئلا يدعوهم ذلك إلى سب الله سبحانه. فهذا كالتنبيه على منع الجائز لئلا يكون سبباً في فعل ما لا يجوز.

ويستدلون أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ﴾(5) ومعنى ذلك أن هذا الضرب، وإن كان في نفسه جائزاً، فإنه نهي

(1) سورة البقرة: 257.
(2) سورة النساء: 29.
(3) سورة الحجرات: 12.
(4) سورة الأنعام: 108.
(5) سورة النور: 31.

عنه لئلا يكون سبباً في تشوّف الرجال إلى امرأة أجنبية وتلفّتهم إليها.

ويستدلون أيضاً بقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا تصف المرأة المرأة لزوجها**. . .»[1] الحديث المخرج في الصحيح. والعلة فيه أن الوصف لمحاسن امرأة أجنبية يتخوف على من سمعه من الرجال التشوف إليها، وتستنزله الشهوة إليها، فيوقعه ذلك فيما لا يحل.

ويستدلون أيضاً بأن مجرد البيع إذا وقع على شروطه الشرعية جائز بالإجماع. والسلف/ إذا انفرد أيضاً ولم يقصد المسلف منفعة نفسه، بل الرفق بالمسلف والإحسان إليه، جائز بالإجماع. وإذا اجتمعا ووقعا في بيع بشرط سلف فإن الشرع ورد بمنع ذلك. وما ذلك إلا لكون السلف إذا قارن البيع تخوّف منه أن يكون سلفاً بزيادة، فقد يزيد في قيمة السلعة والمراد في الباطن أن تكون تلك الزيادة على القيمة عوض السلف، والسلف بزيادة محرم باتفاق. فهذا مفردان يجوزان، وهو البيع أو السلف، فإذا اقترنا مُنعا حماية للذريعة كما بيناه.

وقد اضطرب المذهب في تعليل المنع فأشار أبو الفرج إلى أن علة المنع اعتياد كثير من الناس التحيل بهذه البياعات الجائز ظاهرها على العقد على ما لا يحل مما يُمنعان منه لو أظهراه، ويفسخ عليهما. ومقتضى هذا التعليل أن المعتادين لفعل الحلال ومن هو من أهل الدين والعدالة بحيث لا يتهم على التحيل على الحرام لا يُمنعون من هذه البياعات.

وأشار ابن مسلمة إلى أن العلة في ذلك حماية الذريعة، على ما قدمناه، وإذا كانت العلة هذه وجب، على هذه الطريقة، أن يمنع من هذه البياعات من يتهم ومن لا يتهم.

ومما يقوي هذه الطريقة، التي هي التعليل بحماية الذريعة، ويكون استدلالاً أيضاً في أصل المسألة، حديث عائشة لما قالت لها أم محبة، وهي أم

---

(1) مختصر حديث. انظر نصه في البخاري: الفتح: 11/252.

ولد لزيد بن أرقم: أتعرفين، يا أم المؤمنين، زيد بن أرقم؟ قالت أم محبة: إني بعت منه عبداً إلى العطاء بثمانمائة درهم، ثم اشتريته منه بستمائة درهم. فقالت لها عائشة رضي الله عنها: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت، أبلغي زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب. فقالت لها أم محبة: أرأيت إن تركت له مائتي درهم وأخذت منه ستمائة؟ فقالت عائشة رضي الله عنها: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾[1]»[2]. وهذا كالنص منها، رضي الله عنها، على منع هذه المسألة وما في معناها مما أجازه الشافعي. وقد استدل أصحابنا عليه بهذا الحديث، وذكروا أن إبطال الجهاد مع عظم شأنه في الشرع وإحباط الأعمال لا يؤخذ قياساً ولا يؤخذ إلا توقيفاً من صاحب الشرع، فلولا أن عائشة، رضي الله عنها، سمعت هذا من النبي ﷺ لَمَا أوردته، إذ لا يمكن هذا بالقياس، ولا يليق بها، رضي الله عنها، أن تقطع في الشرع بأمر مغيب من غير وحي. فإن قالوا: ذكر في هذا الخبر أن البيع وقع إلى العطاء، والعطاء أجل مجهول، والبيع إلى أجل مجهول لا يجوز. قيل: بل هو في حكم المعلوم، على أحد القولين، وما كان في حكم المعلوم من الآجال جاز أن يكون ميقاتاً لدفع الثمن. مع أنها قالت: بئس ما شريت. وظاهر هذا أنها ذمت بيعها الأول إلى العطاء وشراءها بعد ذلك بثمن هو أقل مما باعت، ولا جهالة في الثمن الثاني فيمنع منه، وإنما يمنع على طريقتنا وهي حماية الذريعة لئلا يتطرق بالحلال إلى الحرام. ومعلوم أن زيد بن أرقم لا يليق به التعمد إلى التحايُل على الحرام، ولا يظن به ذلك، لفضله وجلالة قدره في الصحابة، رضي الله عنهم. ولكن إذا كان علة المنع حماية الذريعة وجب أن يمنع من لا يتهم لئلا يكون ترك منعه داعية إلى أن يقع فيها من يتهم. وهذا أيضاً يمنع ما قدمناه في الاحتجاج لمذهب الشافعي من كون الشرع ورد بأن بعض الظن إثم، لأن هذا ليس من جهة تلك الظنون المنهي عنها، وإنما هو احتياط في الدين، وتحفظ على المسلمين

---

(1) سورة البقرة: 275.

(2) انظر تخريجه والتعليق عليه في الهداية 7:224 ـ 228 ح: 1367.

من أن يقعوا في حرام، وذَبٌّ عن قواعد الشرع، ومثل هذا لا يستنكر ورود الشرع[1].

والجواب عن السؤال الثالث/ أن يقال: قد تقرر، فيما تقدم من كتاب البيوع، ما يحل ويحرم، من ذلك تحريم السلف الذي يجر المنفعة، إلى غير ذلك من منع الدين بالدين وما في معناه. فأنت إذا سئلت عن شيء من مسائل هذا الكتاب، وكان المبيع ثوباً مثلاً أو غيره، فاجعل الثوب ملغى كأنه لم يقع فيه عقد أوّلاً ولا آخراً، ولا تبدل فيه الملك، واعتبرْ ما خرج من اليد خروجاً مستقراً انتقل الملك به، وما عاد إليها، وقابلْ أحدهما بالآخر، فإن وجدت في ذلك وجهاً محرماً في الشرع لو[2] أقر[3] بأنهما عقدا عليه لفسخت عقدهما. فإنك تمنع من هذا البيع لأجل ما قدمناه من وجوب حماية الذريعة وإن لم تجد ذلك أجزت البياعات. هذه النكتة المعتبرة في هذا الباب.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال: لا تخلو هذه البياعات من أن تكون البيعة الأولى نقداً والثانية نقداً، أو تكون الأولى والثانية مؤجلتين، أو تكون الأولى مؤجلة والثانية نقداً، أو تكون الأولى نقداً والثانية مؤجلة.

فإن كانا جميعاً نقدين، أولى وثانية، فإن ذلك مما لا تقدّر فيه التهم والتحيل على ما لا يجوز. إلاّ أن يكون المتبايعان من أهل العينة. فإنهما تتطرق إليهما التهمة لاعتيادهما في هذا التحيلَ على ما لا يجوز. وكذلك إن كان أحدهما من أهل العينة والآخر ليس من أهلها فإن التهمة تتطرق إلى هذا العقد لأجل كون أحدهما ممن يتهم.

فأما كونهما جميعاً يتهمان فما وقع في المذهب في منع أهل العينة فصحيح، على أصل المذهب.

---

(1) أي: به.
(2) في الوطنية: أو.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أقرا.

وأما كون أحدهما من أهل العينة والآخر ليس من أهلها ففيه نظر، إذا كان الذي ليس من أهل العينة من ظهور الورع والدين بحيث لا يواطىء الآخر على فعل ما لا يحل. ولعل الذي وقع في المذهب في هذا المرادُ به من يشكل أمره ويلتبس حاله فتتسلط عليه التهمة من قبل الآخر.

وأما إن كانتا مؤجلتين جميعاً، فإن ذلك يتهم فيه سائر الناس لأن بياعات النقود يقل فيها الاضطرار إلى التحيل على ما لا يحل، وبياعات الآجال يكثر ذلك فيها لشدة الحاجة إلى شراء المبيع نسيئة لعدم الأثمان عند مشتريه. وكذلك إن كانت البيعة الأولى لأجل والثانية نقداً فإن التهمة تتطرق فيها، وتحمى الذريعة عموماً لما قدمناه...

وأما إن كانت الأولى نقداً والثانية إلى أجل فإن في ذلك اختلافاً في المذهب: فمن حمى الذريعة فيه عموماً جعل الحكم للبيعة الثانية لحاجة الناس إلى الشراء نسيئة وشدة الضرورة إلى ذلك تسهّل التحيل على فعل الحرام. ومن لا يتهم الناس عموماً جعل للثانية المؤجلة حكم الأولى التي هي بيعة نقد. وقدمنا أن البيعتين إذا كانتا نقداً فلا يتهم فيهما إلا أهل العينة.

فصل يشتمل على خمسة أسئلة، منها أن يقال:

1 ـ ما مثال الزيادة في السلف المعتبرة هاهنا؟

2 ـ وما مثال ما هو [في][1] حكم الزيادة؟

3 ـ وما حكم التهمة على الصرف المستأخر؟

4 ـ وما حكم التهمة فيما يقتضي التفاضل؟

5 ـ وما حكم الممنوع من هذا إذا وقع؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال: إذا باع رجل من رجل ثوباً أو عبداً، أو غيرهما مما يعرف بعينه، بثمن من العين إلى أجل، ثم أراد أن يشتريه بائعه ممن اشتراه منه بثمن من جنس الثمن الذي باع فإنه لا يخلو أن يشتريه بمقدار ما

(1) زيادة يقتضيها الكلام، ساقطة في النسختين.

باعه به أو بأكثر أو بأقل. ثم هذه الثلاثة أقسام لا تخلو من أن يكون الشراء بها نقداً أو إلى أجل. وإذا كان إلى أجل فلا يخلو الأجل من ثلاثة أقسام أيضاً.

1 ـ أن يكون الأجل الثاني أقرب من الأجل الأول، 2 ـ أو يكون الأجل مثله، 3 ـ أو أكثر منه. فصار جملة الأقسام على التفصيل في العدد اثني عشر قسماً. وهي: كون البائع للثوب يشتريه نقداً بمثل الثمن أو أكثر منه أو أقل أو إلى أجل أقرب من الأجل الأول فيشتريه أيضاً بمثل الثمن أو أكثر منه أو أقل، أو إلى الأجل/ نفسه بمثل الثمن الأول أو أقل أو أكثر أو إلى أبعد من الأجل بمثل الثمن أيضاً أو أقل أو أكثر. فجميع هذه الأقسام لا يمنع منها شيء إلا ثلاثة أقسام، وهي: 1 ـ أن يشتريها بأقل من الثمن نقداً، 2 ـ أو إلى أجل أقرب من الأجل الأول، 3 ـ أو يشتريها بأكثر من الثمن إلى أبعد من الأجل على غير جهة المقاصة بالثمنين.

وإذا علمت ما قدمناه من النكتة التي تدور عليها مسائل هذا الكتاب وهي اعتبار العوض الذي أخذه عما دفع من الثمن أو لأجل يجوز أن يقابل أحدهما الآخر أم لا. فإذا تدبرت هذا علمت جواز هذه الأقسام كلها إلا ما استثنيناه. وذلك أنه إذا باع ثوباً بمائة درهم نقداً فالثوب إذا باعه ثم استرده بشراء قُدّر كأنه لم يخرج عن ملكه ولا زال من يده وصار كالمشترط رجوعه إليه حين باعه فتحصل المعاوضة عن دراهم بدراهم، فإذا اشتراه بائعه بمائة درهم نقداً فإنه إنما يأخذ عند حلول الأجل الذي أجلاه في العقد الأول مائة درهم، ومن أسلف مائة درهم على أن يأخذ مثلها إلى شهر فذلك جائز. وكذلك لو اشتراه بمائتين لأن من أسلف مائتي درهم وأخذ بعد شهر مائة فقد تضاعف إحسانه للتأخير بالخسارة والنقص فيما أعطاه وأسلفه. وإذا اشتراه بخمسين نقداً فإنه إذا أخذ عند الأجل مائة درهم على حسب ما تعاقدا عليه أوّلاً صار مسلفاً لخمسين درهماً على أن يأخذ بها مائة درهم، وهذا سلف بزيادة. وهذا التصوير الذي صورناه يغنيك عن إعادته في القسم الآخر، وهو أن يشتريه بثمن إلى نصف شهر، لأنه إذا دخل نصف الشهر وطلب البائع الأول بما اشترى به الثوب الذي

كان باعه فإذا دفع الثمن الذي عقد به لما حل عليه في نصف الشهر صار ما يأخذه عند تمام الشهر عوضاً عنه فيعتبر فيه ما قدمناه. وكذلك إذا اشتراه بائعه إلى أجل مثل الأجل الأول فإنه جائز سواء كان ثمن البيع الثاني مثل ثمن الأول أو أكثر أو أقل لأجل أن أحدهما لا يدفع إلى الآخر ذهباً ثم يأخذ بعد حين أكثر منه أو أقل. وإنما الحكم إذا حل الأجل وتساوى الثمن أن يتقاصا مائة بمائة ويعطي أحدهما الآخر ما أبقته عند المقاصة إذا زاد أحد الثمنين على الآخر. وكذلك إذا اشتراه إلى أجل أبعد من الأجل الأول فإنه إنما يمنع منه قسم واحد وهو أن يشتريه بأكثر من الثمن الأول لأن المشتري أوّلاً يعود إذا حل الأجل ووزن الثمن سلفاً لما دفع من الثمن فإذا أخذ بعد أجل آخر أكثر منه صار سلفاً بزيادة كما بيناه، وإن كانا اشترطا المقاصة جاز هذا الذي منعناه لارتفاع العلة بالمقاصة، لأن المشتري لا يدفع عند الأجل الأول ثمناً فيأخذ أكثر منه بعد ذلك، وإنما يحسب ما حل للبائع عليه فيما سيحل له على البائع ثم يأخذ بعد ذلك من البائع ما فضل عنده.

ولم يتعرض أحد في نصوص الروايات إلى تقدم الانتفاع بالثوب المبيع أو العبد المبيع هاهنا فيجعل الانتفاع عوضاً للسلف فيمنع من شراء هذا الثوب بمثل هذا الثمن إلى أبعد من الأجل، لما يتصور فيه من كون المشتري إذا حل الأجل ودفع مائة درهم ثم يأخذها بعد حين، فمن دفعها إليه أن يكون كالمسلف مائة درهم يأخذها بعد أجل، ويقدر الانتفاع بالثوب من لباس أو غيره عوضاً من سلفه هذه المائة، إلى غير ذلك مما يتصور فيه مثل هذا في بعض الأقسام التي ذكرناها. وقد قال بعض الأشياخ: إن القياس يقتضي منع هذاوما في معناه لما يتصور فيه من سلف جر منفعة. وسنبسط هذا في الفصل الذي نتكلم فيه فيما تقرر فيه معنى الزيادة إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال: قد تقرر أن محض الزيادة المحسوسة في السلف ممنوعة. وقد يعرض اشكال في مسائل: هل فيها معنى الزيادة في

السلف أم لا، مثل أن يبيع رجل سلعة بعشرة دنانير/ إلى شهر ثم يشتريها ممن اشتراها منه بخمسة دنانير نقداً، وخمسة دنانير إلى شهرين، فإن هذا البائع الأول قد خرج من يده الثوب، ثم رجع إليه ودفع خمسة دنانير، فإذا حلّ الشهر أخذ من المشتري عشرة دنانير بخمسة منها قضاء عن الخمسة التي أسلفها البائع لما ارتجع ثوبه، وخمسة منها يكون المشتري مسلفاً لها يأخذها منه بعد شهر آخر. فتصور من هذا أن الثوب لما بيع ثم ارتجع صار لغواً مطرحاً وصار البائع دفع خمسة سلفاً للمشتري يأخذها منه إذا حل الشهر، ويأخذ منه خمسة أخرى تكون سلفاً عنده أيضاً إلى شهر عوض السلف الذي أسلفه إياه المشتري. فكأنه إنما أسلف البائع خمسة دنانير إلى شهر على أن يسلفه المشتري خمسة دنانير أخرى أيضاً إلى شهر، فقد تساوى مقدار السلف ولم تكن فيه زيادة توجب المنع، لكن منفعة كل واحد من المتسلفين قد نال مثلها من صاحبه الذي أسلفه أيضاً، فإذا استوت المنفعة لم يتصوركون أحد المتسلفين أسلف لينتفع، فلم يمنع ذلك عند **ابن القاسم**، وكرهه **ابن الماجشون** واثقاً أن يكون معنى الزيادة حصل هاهنا، لأن كل واحد منهما ما أسلف إلا لعِوَض وغَرَضٍ له في السلف يعود بمنفعة، ولولا ذلك ما أسلف، والسلف بشرط أن سلف المسلفة[1] مثل ما أسلف، ظاهر هذا الشرط يقتضي أن السلف إنما وقع لمنفعة السلف، وسلف يجر منفعة ممنوع.

وكذلك لو اشترى البائع هذه السلعة بأربعة دنانير نقداً وستة دنانير إلى أجل شهرين أو اشتراها بستة نقداً وأربعة دنانير إلى شهرين فإن ذلك جار على القولين، لأن الأجل إذا حل دفع المشتري عشرة دنانير يكون بعضها، وهي الستة أو الأربعة، قضاء عما أخذ من البائع وبقيتها سلفاً منه للبائع. لكن لو اختلف العدد هاهنا فاشتراها البائع بأربعة نقداً وخمسة إلى شهرين أو بخمسة نقداً وأربعة إلى شهرين لمنع ذلك على المذهبين جميعاً، لأن الزيادة هاهنا موجودة لما اختلف العدد، فإذا حل الأجل ودفع المشتري العشرة دنانير التي اشتراها كانت خمسة منها قضاء عن الأربعة التي أسلفه البائع، فالزيادة في السلف متصورة على ما بيّناه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يُسَلِّف.

ومما ينخرط في هذا السلك أن يكون الثمن الأول بعضه مؤجلاً وبعضه منتقداً، مثل أن يبيع رجل سلعة بخمسة دنانير نقداً وخمسة إلى أجل، ثم اشتراها البائع بثمن هو مقدار الثمن الأول ولكن البائع ينقده كله، مثل أن يشتري هذه السلعة التي باعها بخمسة نقداً وخمسة إلى شهر بثمن جملته عشرة دنانير فأكثر ينقدها، أو خمسة دنانير فأقل ينقدها أيضاً، أو ستة دنانير فأكثر إلى تسعة دنانير، فإن شراءه إياها بعشرة دنانير جائز لا تتصور فيه منفعة وزيادة محسوسة أو مقدرة لأنه دفع عشرة دنانير أو أكثر منها بخمسة منها قضاء عن الخمسة التي نقده المشتري وخمسة فأكثر نقدها ليأخذها إلى أجل، فهو قد خسر التأجيل خاصة أو التأجيل والزيادة، ولا يمنع من سلف جر خسراناً. وإن اشتراها بخمسة دنانير فأقل فإنه لا يتصور في هذا تهمة، لأن المشتري نقد أولاً خمسة دنانير فرجعت إليه أو رجع إليه أقل منها فلم يمنع من ذلك. وإن اشتراها البائع بستة دنانير فأكثر إلى تسعة فلن يمنع[1]، لأنه يقدر فيه أن الخمسة التي قبضها البائع ردها على مشتريها وزاده ديناراً أو دينارين أو ثلاثة أو أربعة نقداً في خمسة دنانير يأخذها منه إلى أجل، فلا يجوز هذا لأنه زيادة في السلف. ولو اشتراها بستة دنانير نقداً وخمسة إلى أجل، فإن ما علق بالأجل من جهة البائع والمشتري لا فساد فيه، لكن إنما تتصور التهمة بقصد الفساد فيما وقع فيه الانتقاد إلا في أهل العينة خاصة/ فيقدر أنه أسلف خمسة لترجع إليه ستة من غير تأجيل، وإذا لم يكن المتعاقدان من أهل العينة لم يتهما في هذا.

ومما يشكل أيضاً فيه قصد المنفعة في السلف، واختلف فيه قول مالك، فيمن اشترى دابة بثمن إلى أجل فأصابها عَوَر، أو ما في معناه من العيوب، هل لبائعها أن يشتريها بأقل من الثمن الذي باعها وينقد الثمن؟ فأجاز ذلك في أحد قوليه لأجل أنه إذا باعها بمائة إلى شهر، وهي سالمة من العيوب، ثم اشتراها بخمسين نقداً، وقد أصابها هزال، فإن الحطيطة هاهنا مصروفة في الظاهر إلى أنها لأجل العيب الذي حدث لا إلى القصد إلى الزيادة في السلف، وبخلاف أن

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب فإنه يمنع.

يشتريها بخمسين نقداً، وهي سالمة، فإنه تقوى التهمة أن الحطيطة قصد الزيادة في السلف، وتضعف التهمة إذا حدث بها العيب لوجود سبب تصرف هذه الحطيطة إليه. ولم يجز ذلك مالك أيضاً في إحدى الروايتين عنه مبالغة منه في حماية الذريعة لئلا يقال فيما فيه تهمة قوية: هذا تبعد فيه التهمة. ولهذا اختلف القول أيضاً عندنا فيمن أسلف في فاكهة لها إبّان انقطعت، فتراضيا على الإقالة فيما بقي منها، فقيل: هذا جائز لأجل ظهور سبب غير مكتسب وهو انقطاع الثمرة، وقيل لا يجوز مبالغة في الاحتياط ولإمكان أن يكونا عقدا على ما يعلمان أن بائع الثمرة لا يوفي به وأنه سيرد بعض الثمن ويأخذه سلفاً عنده.

ومن هذا المعنى أيضاً تعدي البائع على سلعة باعها بثمن إلى أجل فلزمته القيمة بتعديه عليها، والقيمة أقل من الثمن الذي باعها به. فقيل: للمشتري أن يغرمه القيمة ويدفع الثمن الذي عليه إذا حل الأجل وإن كان الثمن أكثر من القيمة، ولا يتهمان هاهنا على القصد إلى سلف بزيادة لما كان هذا الثمن الذي هو أقل من الثمن لأجل إنما وجب للمشتري في ذمة البائع بسبب لا طواعية فيه للمشتري ولا اختيار، وإنما أخذ ما هو أقل ودفع بعد حين ما هو أكثر بحكم الشرع والاضطرار، فبعدت التهمة إلى قصد سلف بزيادة لما لم يشترط المتبايعان في السبب الذي أوجب أخذ هذا المقدار القليل من الثمن، وقيل: إذا أخذ القيمة وهي الأقل لا يعطي عند الأجل إلا مثلها، ويسقط عنه من الثمن الذي عليه ما زاد على مقدار ما أخذ من القيمة مبالغة في الاحتياط وحماية للذريعة، فيمنع من دفع أكثر مما أخذ لئلا يقعا في سلف بزيادة. ولم يلتفت من قال بهذا المذهب إلى ضرر البائع وإسقاط بعض الثمن المؤجل الذي عقد البيع عليه ولأجله سمح بالتأجيل، ورأى أن التعدي لما كان من جهته، وقد تعلق بهذا حق الباريء سبحانه وهو منع الزيادة في السلف، وحق له وهو استيفاء الثمن الذي إنما باع نسيئة لأجل ما استوفى من الثمن، وجب أن يسقط حقه ويحمل عليه احتياطاً لحق الله تعالى، مع كون التهمة تبعد إذا أتلف السلعة تلفاً لم يأخذ فيه عوضاً. لكنه لو أتلفها ببيع لكانت التهمة تتطرق إليه وإلى المشتري

منه، لكن المذهب على قولين في تعدي البائع على سلعة بإفاتتها ببيع أو غيره.

ومما قد يشكل هاهنا مما هو في معنى الانتفاع لأجل السلف ما قدمنا الإشارة إليه من كون أهل المذهب لم يقدّروا في هذا انتفاع المشتري بالسلعة منفعة تكون عوضاً، لما يتصور في هذه المسألة من التهمة على السلف، مثل أن يشتري البائع ثوباً أو عبداً بثمن إلى أجل بمثل الثمن المؤجل نقداً أو إلى أجل أبعد من الأجل، فإنهم أجازوا ذلك مع كون المشتري انتفع بالعبد أو الثوب على أن يسلف صاحب العبد أو الثوب مائة دينار إذا حل الأجل يأخذها/ منه بعد حين، ولم يقدروا أن هذا سلفاً من المشتري أسلفه البائعَ عوض ما انتفع بسلعته، لكون الانتفاع إنما يقدر مجرد تهمة في أهل العينة خاصة.

وقد أشار **ابن المواز** إلى هذا فقال: إن الانتفاع قبل العقد الثاني لا يتهم فيه إلا أهل العينة، لكنه ذكر الانتفاع مطلقاً دون تقييد بانتفاع المثمون. وقد قال بعض المتأخرين: إن القياس يقتضي منع شراء هذه السلعة بمثل الثمن إلى أبعد من الأجل لما صوَّرته فيها من تقدير سلف جر منفعة. وأشار إلى أن **أبا الفرج** حكى عن **عبد الملك** منع شراء هذه السلعة بمثل الثمن إلى أبعد من الأجل. ولم أقف **لأبي الفرج** في **الحاوي** لما ذكر هذه المسائل في باب العينة، على هذا. وإنما ذكر **أبو الفرج** عن **عبد الملك** أنه يمنع أن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل ثم يشتريها وسلعة أخرى بذلك الثمن أو بأكثر منه إلى أبعد من ذلك الأجل. وذكْر سلعة أخرى تشترى مع تلك السلعة تخرج المسألة إلى معنى آخر غير ما نحن فيه.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال: قد قدمنا أن المعتبر في مسائل هذا الكتاب قوة التهمة على التحيل على ما لا يحل، وقد علم أن الصرف المستأخر محرم. فإذا باع منه ثوباً بمائة درهم إلى أجل، ثم اشتراه البائع بدنانير نقداً، فإن الثوب لما بيع ثم رد بعد البيع صار كالمطّرح الملغى، وصار محصول أمرهما على ما قدمناه مراراً: أن بائع الثوب الأول قد رجع إليه ثوبه وأخرج دنانير نقداً ليأخذ عوضها دراهم إلى أجل، وهما لو صرحا بأنهما إنما تعاقدا على ذلك لم يجز، فكذلك إذا لم يصرحا ولكنهما اتهما أن يكونا أرادا ذلك، فإنهما يمنعان

منه. لكن لا يخلو أن تكون الدنانير المنقودة أكثر من قيمة الدراهم المؤجلة بأمر بيّن للتفاوت، مثل أن يشتري الثوب بمائة دينار وقد باعه بمائة درهم، فإن هذا يتضح فيه ضعف التهمة، لأن دافع الدنانير يخسر خسارة بينة، وينضاف إلى ذلك التأجيل فيما يخسر فيه خسارة بينة بمثل هذا، غير أن **ابن القاسم** [أجاز][1]، إذاعلم من ناحية القيمة التي تصورناها أو ما في معناها مما هو دونها مما يرفع التهمة: أن دافع الدنانير لا يمكن أن يكون قصد المتاجرة في الصرف المستأخر. ومنع ذلك **أشهب** مبالغة في الاحتياط، ولأنه قد يكون لدافع الدنانير في هذا أغراض خفية قصدبها المتاجرة والمكايسة في الصرف المستأخر، كحماية الحماية. وكما تجعل للحرام حماية يحمى بها جانبه فيجب أن يبالغ في هذه الحماية وتحمى أيضاً حتى لا يسري الأمر إلى هتك حرمة الحرام، فيقول قائل: هذا لا تهمة فيه، ويقول آخر: هذا فيه التهمة. ويتخرج على قول آخر ستراه في السؤال الذي هو جواز هذا وإن[2] كانت الدنانير مثل قيمة الدراهم وتحققنا أن الدافع الدنانيرَ لم يربح بل خسر الصبر والتأجيل.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال: قد علم أن المبادلة سكة بسكة منها ما يجوز ومنها ما يمنع، على ما تقدم بيان ذلك في كتاب الصرف لما تكلمنا على أحكام أخذ السكك بعضها عن بعض وأحكام المراطلة، فإذا باع منه ثوباً بمائة دينار إلى أجل، وكانت الدنانير بسكة، ثم أراد أن يشتري هذا الثوب ممن باعه منه بدنانير هي مثل مقدار الدنانير الأولى لكنها من سكة أخرى، فإنه قد اختلف في هذا عندنا: فقال في المدونة، فيمن باع ثوباً بمائة درهم محمدية إلى أجل ثم اشتراه بمائة درهم يزيدية إلى الأجل بعينه: إن ذلك لا يجوز. واختلفت طريقة الأشياخ في علة المنع، هل هي كون الذمتين مشغولتين بسكتين مختلفتين فيمنع ذلك، لأنه باع ذهباً نسيئة بذهب مخالف له نسيئة، والتبايع بذهبين مختلفين نسيئة لا يحل. فعلى طريقة هؤلاء يمنع ذلك ولو كانت السكة التي

---

(1) لفظة يقتضيها النص، ساقطة من النسختين.

(2) هكذا في النسختين ولعل الصواب، إن كانت.

اشترى/ بها البائع الأول هي خيراً من السكة التي باع ثوبه بها لما تصوّر في ذلك من بيع بذهب آخر مخالف له إلى أجل. فيمنع هؤلاء المسألة سواء كان بيع هذا الثوب بمحمدية إلى أجل ثم اشتراه بيزيدية إلى أجل، وإن كانت اليزيدية أدنى من ناحية السكة وإن تساوت في المقدار وفي الوزن مع المحمدية لما قدمناه من التعليل.

وسلك بعض الأشياخ طريقة أخرى في التعليل لما في **المدونة** فقال: إنما منع ذلك لأن اليزيدية دون المحمدية، وقد قدمنا أن من باع ثوباً بدراهم ثم اشتراه بأقل من تلك الدراهم أنه يمنع لأجل ما في ذلك من التحيل على الربح في السلف. فهؤلاء يجيزون أن يبيع هذا الثوب بمائة درهم يزيدية إلى شهر ثم يشتريه بمائة محمدية إلى شهر لأنه إنما اشترى البائع الأول بثمن هو أكثر مما باع، وقد قدمنا أن هذين المتبايعين يتهمان على قصد التحيل على الربح في السلف لا على الخسارة فيه.

وقد وقع لابن القاسم وعبد الملك في هذا الأصل اعتبار نفي التهمة بأن لا يتصور في المسألة ربح في السلف فأجازا أن يبيع بسكة إلى أجل ثم يشتري السلعة بسكّة ينقدها هي مثل السكّة الّتي باع بها أو أعلى منها، لأنّه إذا باع بأعلى منها خسر فضل زيادة السكّة الّتي دفع والتّأجيل. وإذا كانت السكّة الّتي اشترى بها مثل الأولى، فلا ربح له وإن ساوتها في القيمة. وإذا لم يتصوّر الرّبح فلا وجه للمنع. ولو كانت السكّة الّتي يشتري بها البائع الأوّل لها فضل على تلك بزيادة عدد، لكن لتلك التي باع بها فضيلة تساوي فضيلة ما اشترى به، فإنّ ذلك يجوز لارتفاع التّهمة.

واعلم أنّ مدار هذه المسألة والّتي قبلها على النّظر في الباب حماية لهذه الحماية الّتي بني عليها مسائل هذا الكتاب. فمن رأى أنّ الأصل تحليل كلّ بيع لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[1]، فإذا ضعفت التّهمة أو أشكلت أُبقيتْ المسئلة على هذا الأصل الشّرعي، قال بالجواز في مثل هذه المعاني.

---

(1) سورة البقرة: 275.

ومن بالغ في الاحتياط وجعل للحماية حماية بنى هذا الأصل على محاذرته.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال: قد تقرّر ما يمنع من بياعات الآجال إذا وقعت بالعين، ثمّ اشترى البائع ما باعه بأقلّ أو أكثر على ما اقتضاه التّفصيل الّذي قدّمناه. فإن وقع هذا الممنوع، فإنّه يجب فيه الفسخ، وهاهنا بيعتان واحدة بعد أخرى. فأمّا البيعة الأخيرة، فإنّها تفسخ إذا كانت السلعة قائمة لم تفت من غير خلاف منصوص في المذهب. لكن بعض أشياخي أشار إلى أنّ **ابن عبدوس** لا يوجب الفسخ وردّ السلعة من يد مشتريها الأخير الّذي كان هو البائع الأوّل.

والّذي كان ينقله غيره عن هذا المذهب الّذي حكاه **ابن عبدوس** عن غيره أنّه إنّما منع من ردّ السلعة من يد قابضها وهو المشتري الأخير بشرط أن تفوت. وأمّا إذا فاتت السلعة في يد مشتريها الأخير الّذي هو البائع الأوّل فإنّ المعروف من المذهب فسخ البيعة الثّانية، إلاّ ابن مسلمة فإنّه أمضاها على ما هي عليه، ورأى أنّ الفسخ احتياطاً[1] مخافة أن يكونا أبطنا فساداً خلاف ما أظهراه من الصحّة. والتّهمة في هذا لا تجري مجرى اليقين. وقد ذهب إلى جواز البياعات الّتي منعناها. فحسن عند ابن مسلمة الفسخ إذا كانت السلعة قائمة بعينها احتياطاً. فإذا فاتت مضت هذه البيعة مراعاة للخلاف في أصل جوازها ولما يقتضيه الفسخ من غرامة قيمة، فيلحق الضّرر لأجل غرامة هذه القيمة.

وأمّا البيعة الأولى، فالمعروف من المذهب فسخها أيضاً مع الثّانية إذا فاتت السلعة، وقد قال ابن الماجشون: تفسخ البيعتان سواء كانت السلعة قائمة أو فائتة. وقال ابن القاسم: تفسخ البيعة الثّانية خاصة إلاّ أن تفوت السلعة فتفسخ البيعتان. وذكر ابن أبي زمنين في هذا تفصيلاً فاعتبر القيمة/ الواجبة على البائع الأوّل الّذي قبض السلعة في البيعة الثّانية، فإن كانت قيمتها الواجبة عليه أقلّ من الثّمن المؤصّل، فسخت البيعتان جميعاً، لأنّا إنّما منعنا هذه البياعات

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: احتياطٌ.

لما تضمّنته من التّهمة على سلف بزيادة. فإذا كان هذا المشتري الأخير وهو البائع الأول تلزمه قيمة السلعة، وهي خمسة دراهم، وقد باعها بعشرة دراهم إلى أجل عدنا إلى الوقوع فيما منه هربنا، وألزمناه أن يدفع الآن خمسة دراهم ينقدها وهي قيمة السلعة الّتي فاتت عنده ويأخذ من صاحبه عشرة دراهم إلى أجل، وهذه صورة السلف بزيادة. فإذا كان الفسخ يختص بالبيعة الثّانية وهو يتضمّن دفع قليل في كثير، على حسب ما صوّرناه، وجب أن يُعدل عن هذا إلى فسخ البيعتين جميعاً.

فإذا كانت القيمة الواجبة على قابض السلعة، وهو المشتري الأخير، عشرين درهماً، وجب أن يختص الفسخ بالبيعة الثانية فتردّ السلعة من يد هذا الّذي قبضها آخراً. فإذا لم يقدر على ردّها لفواتها ووجب ردّ قيمتها وكانت قيمتها عشرين درهماً، غرمنا قابضها الّذي هو المشتري الآخر عشرين درهماً عوض عينها، ويحاسبه المشتري الأوّل من هذه العشرين درهماً بالخمسة دراهم الّتي قبض منه ثمن السلعة الّتي ردّها إليه.

فتلخص من هذا أنّ المذهب مع قيام السلعة لم يختلف في فسخ البيعة الأخيرة إلاّ على طريقة ما حكيناه عن بعض أشياخنا. ومع الفوات تفسخ البيعة الأخيرة إلاّ على مذهب ابن مسلمة. وأمّا الأولى فثلاثة أقوال: 1 ـ الفسخ على الإطلاق، 2 ـ والإمضاء على الإطلاق، 3 ـ والتّفصيل الّذي حكيناه. فإن تضمّن اختصاص الفسخ بالبيعة الثّانية دفْعَ قليل في كثير سرى الفسخ إلى الأوّل، وإن لم يتضمّن ذلك اختصّ الفسخ بالثّانية، على ما حكيناه عن ابن أبي زمنين. وأضافه ابن أبي زمنين إلى ابن القاسم.

وطريقة أصحاب هذا التفصيل: أنّ القيمة إذا تضمّنت دفع قليل في كثير قضي بهذه القيمة، لكن لا يأخذ غارمها من المشتري الأوّل عند حلول الأجل أكثر من القيمة الّتي غرم، ويسقط الزّائد على المشتري الأوّل. لأنّا إن[1] لم

(1) النص يقتضي إثبات: إنْ، وهي ساقطة في النسختين.

نسقط عنه، عادت المسئلة إلى الأصل الممنوع، وهو دفع قليل في كثير. وهذا إن تحقّق فيه صورة الفسخ الثّانية لأجل أنّا غرمنا قابض السلعة قيمتها، فإن إبطال ما زاد على القيمة عن المشتري إذا حلّ الأجل، يقتضي أيضاً فسخ العقد الأوّل. لكن أصحاب هذه الطّريقة رأوا أنّ السلعة لمّا قبضها المشتري الآخر الّذي هو البائع الأوّل وجب في مقتضى القياس أن لا تنزع من يده، لأنهما إن لم يبطنا فساداً، فالبيعة الأولى والثّانية صحيحتان، ولا معنى لفسخ العقد الصحيح. وإن أبطنا فساداً وقصدا دفع قليل في كثير، فلا بيع بينهما، فيجب أن تبقى السلعة في يد بائعها الأوّل كأنّه لم يبعها. ولهذا مال بعض أشياخي إلى اختيار إبقائها[1] في يده مع قيام السلعة، فإذا فاتت وكانت القيمة الّتي تلزمه أقلّ ممّا باع به وأغرمناه إيّاها، صار ما زاد عليها من الثّمن المؤجّل إذا أسقطناه ذهبت علّة الفساد وارتفع ما صوّرناه من التّهمة، فكان إصلاح العقد بإذهاب هذه الزّيادة خاصة، ويبقى العقد على ما هو عليه أولى من التعرّض إلى فسخ العقدين. لكنّا إذا سلكنا هذا المسلك، فأغرمنا البائع قيمة السلعة وهي خمسة دراهم، ولم تعد عليه هذه الخمسة دراهم إلاّ بعد أجل، صار مظلوماً بإسقاط حقّه بالزّيادة، فقدّم هؤلاء حقّ الله تعالى في إصلاح هذا العقد بإسقاط الزّيادة على حقّ المشتري الآخر في إسقاط ما استحقّه من زيادة بحكم الثّمن. وتكاد هذه المسئلة تلاحظ بياعات الشّروط. وفيها الخلاف المشهور: هل يصحّ البيع بإسقاط الشرط، وإن كان فيه حقّ لمشترطه تقدمة لحقّ الله سبحانه على حقّ هذا المشترط أو يفسد العقد كلّه، إذ لا يتبعّض العقد الواحد؟ وهكذا يعتلّ/ من خص الفسخ بالبيعة الثانية بأنّها هي الّتي أدخلت الفساد وأوقعت التّهمة، فإذا فسخناها خاصة ارتفعت الشّبهة من العقد الأوّل. أو يقال: إنّ المنع مبنيّ على أنّهما قصدا دفع قليل عن كثير، ولا يتصوّر هاهنا إلاّ بارتباط أحد العقدين بالآخر، وإذا ارتبط أحدهما بالآخر، صارا في معنى العقد الواحد، والعقد الواحد لا يتبعّض، بل يفسخ جميعه. فهذه النّكتة الّتي يدور عليها هذا الخلاف

(1) في النسختين: إلغائها. والنص يقتضي ما أثبتناه.

مطلقاً ومفصّلاً. وقد نقلنا عن المذهب فسخ البيعتين جميعاً نقلاً مطلقاً. وقيّد النّقل في بعض الرّوايات أنّ الفسخ تسلط على البيعتين جميعاً إلاّ أن يظهر أنّهما لم يقصدا العينة، مثل أن يجدها في السوقِ تباع فيشتريها، فإنّ الفسخ يختصّ بالبيعة الأخيرة. وهذا لا يستقرّ على القاعدة الّتي قدّمناها، لأنّ التّهمة إذا تحقّق ارتفاعها اقتضى الحال إمضاء البيعتين جميعاً، وإذا لم يتحقّق، فسخت الثّانية، لأنّ بفسخها ترتفع التّهمة، أو تفسخ البيعتان جميعاً لما بينهما من الارتباط كما قدّمناه. لكن من قيّد هذه الرّواية بما قدّمناه، رأى فسخ البيعتين. فإذا تبيّن ارتفاع التّهمة، حسن الاحتياط بقصر الفسخ على الثّانية خاصّة. وإذا لم يتبيّن، فسخ البيعتان جميعاً لأنّهما في معنى العقد الواحد.

فإذا تقرّر حكم الفسخ مع الفوت فما المفيت هاهنا؟ أمّا ذهاب عينها أو تغيّرها في نفسها، فإنّه يفيتها من غير خلاف على حسب ما يأتي بيانه في تغيّر الأعيان. وأمّا بقاء عينها على حالتها لكن أسواقها اختلفت، فقد اضطرب المذهب فيه. فقيل: إنّه فوت. وقيل: ليس بفوت. وحكى ابن عبدوس أنّ رجلاً سأل سحنوناً عن فوت هذه السلعة، فقال له: لا تفيتها حوالة الأسواق، بل تغيّرُها أو ذهابُ عينها. فإذا تغيّرت في نفسها حتّى وجبت القيمة، هل هي أقلّ من الثّمن فتسقط الزّيادة الّتي زاد الثّمن على هذه القيمة؟ أو هي أكثر فيغرم القيمة على الإطلاق على حسب ما قدّمناه من التّفسير الّذي ذكرناه؟ فقال له السائل: هكذا سمعنا عن ابن كنانة. قال ابن عبدوس: قال لنا سحنون: أُرْوُوها عن الشيخ ابن كنانة. وسبب هذا الاضطراب الّذي نقلناه عن المذهب: أنّا قرّرنا[1] أنّ هذه العقود زُورٌ وأنّ المِلك لم ينتقل، اقتضى هذا كون تغيّر الأسواق لا يفيتها. وإن لم نقدّر أنّ هذه التّهمة تجري مجرى اليقين، وإنّما المنع حماية والفسخ مبالغة في الاحتياط لهذه الحماية، وجب أن تفيتها حوالة الأسواق. وسنوضّح هذا الأصل عند كلامنا على الاختلاف في حوالة الأسواق في مثل هذه المعاني إن شاء الله تعالى.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أنّا إن قدرنا.

وقد يجري أيضاً على هذا الأسلوب ما اضطرب فيه الأشياخ في هذه السلعة إذا باعها مالكها بعشرة دراهم إلى شهر، ثمّ اشتراها بخمسة دراهم إلى شهر، ثمّ أراد أن يعجّل هذه الخمسة دراهم، فإنّ من الأشياخ من أجاز ذلك لأنّ أصل العقد الأوّل والعقد الثّاني وقع على الجواز لا تهمة تتطرّق إليه. فإذا تطوّع مشتريها بخمسة دراهم إلى الأجل بأن ينقد هذه الخمسة دراهم، لم يمنع من ذلك لسلامة العقدين في الأصل من تطرّق التّهمة إليهما. واستشهد هؤلاء بما نصّ عليه أهل المذهب من منع شراء سلعة غائبة أو سلعة على الخيار بشرط نقد الثّمن. فإذا تعاقدا عليها من غير شرط تعجيل، فإنّ من عليه الثّمن لا يمنع من أن يتطوّع بنقده لمّا لم[1] يكن مشترطاً في أصل العقد.

ومن الأشياخ من يمنع هذا ورأى أنّ الصورة الّتي منعنا من العقد عليها إذا أظهراه عاد إليها بعد العقد، وأنّ التّهمة تجري في هذا مجرى اليقين في كونهما قصدا إلى سلف بزيادة، وقد تصوّر هذا هاهنا فيما تطوّع به هذا المتطوّع بالتّعجيل، فوجب أن يمنع. ومن لم يجر هذا مجرى اليقين وإنّما منعه احتياطاً، رأى أنّ البيع الأوّل ماض لو انفرد، باتّفاق/ ، والبيع الثّاني هو سبب تطرّق التّهمة، فحسن منعه. والتطوّع بالنقد فعل ثالث، فلا يحسن أن تمتدّ التّهم إلى هذه الأفعال كلّها مع تعدّدها وتباين أوقاتها. وقد كنّا قدّمنا الإشارة إلى اضطراب المذهب في حماية الحماية. وهذه المسئلة ربّما خُرِّجَتْ عليه.

(1) (لم) ساقطة من النسختين، والنص يقتضيها.

فصـــل
في اعتبار التفاضل في غير العين

قال الشّيخ رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل سؤال واحد، ما حكم التفاضل هاهنا في العروض؟

فالجواب أن يقال: قد قدّمنا أحكام ما يمنع بالتّهمة على سلف بزيادة إذا كان الثّمن عيناً. فأمّا إن كان ليس بعين وهو عروض، مثل أن يبيع منه سلعة بعشرة ثياب مضمونة إلى أجل، ثمّ يشتريها بثياب من جنسها، فإنّ هذا يتصوّر فيه الاثنا عشر قسماً الّتي صوّرناها في الثّمن إذا كان عيناً، وقد قدّمنا بيانها هناك وذكرنا أنّ الممنوع منها قسمان، وهما أن يبيع سلعة بدراهم إلى أجل ثمّ يشتريها بأقلّ من الثّمن إلى ما قبل الأجل[1]، أو يشتريها بأكثر من الثّمن إلى أبعد من الأجل على ما مضى تفصيله وبيانه. وهاهنا يمنع هذان القسمان، ويختلف في قسمين آخرين يضافان إليهما. فإذا باع هذه السلعة بعشرة ثياب مضمونة إلى شهر، ثمّ اشتراها بخمسة ثياب من جنسها نقداً، فإنّ هذا يمنع لما يتصوّر فيه من سلف بزيادة، مثل ما يتصوّر في العين، ويتّهم على أن يكون قد[2] أسلف خمسة ثياب ليأخذ عشرة. وكذلك إذا اشتراها بخمسة عشر ثوباً إلى شهرين، فإنّه يتّهم أيضاً على أن يكون المشتري يدفع عند الأجل عشرة ليأخذ خمسة عشر.

وأمّا الوجهان الآخران، وهو أن يشتريها بخمسة عشر ثوباً نقداً أو بخمسة ثياب إلى شهرين، فإنّ هذا يتضمّن سلفاً بخسارة لا سلفاً بزيادة، ولا يتّهم أحد

(1) في النسختين: الأقلّ، والنص يقتضي ما أثبتناه.
(2) في النسختين: قصد، والنص يقتضي: قد.

على أن يسلف ليخسر، وإنّما يتّهم أن يسلف ليربح. لكن تتطرّق التّهمة هنا من جهة أخرى وهي ضمان بعوض، فإذا باع السلعة بعشرة ثياب إلى شهر ثمّ اشتراها بخمسة عشر ثوباً، فقد تطرّقت التّهمة إليهما في أن يكون أسلفه عشرة ثياب وأعطاه خمسة ثياب معها ليضمن له العشرة إلى أجل، وكذلك إذا اشتراها بأقلّ إلى أبعد من الأجل، يتصوّر أيضاً أن يكون المشتري الأوّل لمّا حلّ الأجل دفع خمسة عشر ثوباً ليأخذ بعد شهرين عشرة ثياب وتكون الخمسة عوض ضمان العشرة. ولكن التحيّل على ضمان بِجُعْل لا تقوى التّهمة فيه كما تقوى التّهمة على التحيّل على سلف بزيادة. لكن قدّمنا في كتاب السلم، لمّا تكلّمنا على ربا النساء في العروض، اختلاف النّاس فيه، وما وقع في المذهب عندنا من اضطراب فيه، هل يمنع التفاضل في العروض إذا بيعت نسيئة بجنسها لأجل أنّه ربا، والرّبا محرّم في نفسه، وإنّما منع حماية للذريعة لئلاّ يقصد من أسلم ثوباً في ثوبين من جنسه إلى السلف بزيادة. فمن سلك من أصحابنا طريقة من يرى أنّ التّفاضل في العروض إذا بيعت نسيئة ربا، كالرّبا في العين، منع هذين القسمين ولأجل ما يحصل فيهما من صورة التّفاضل وإجراءِ التّفاضل في الثّياب في بياعات الآجال مجرى العين. ومن منع ذلك حماية للذّريعة لئلاّ يكونا قصدا إلى التحيّل على سلف بزيادة، فإنّ هذه الثّياب إذا بيع بعضها ببعض متفاضلاً تصوّر فيها صورة الرّبا. وإذا كانت ثمناً للسلعة ثمّ اشتريت تلك السلعة بثياب من جنسها، فإنّ التّفاضل بين الثّياب لم يكن متصوّراً في عقد واحد، ولكن إنّما يتصوّر لوقوع عقد بعد عقد، وقد قدّمنا أنّ وقوع عقد بعد عقد يوجب كون العقد الثّاني مَطرَق التّهمة إلى العقد الأوّل، فمنع حماية للذّريعة. فالدّنانير والدّراهم لا يتصوّر فيها ضمان بجُعل لبعد التّهمة فيها، فاتّفق المذهب على جواز أن يشتري ثوباً باعه بعشرة دراهم إلى أجل بعشرين درهماً نقداً. فيتصوّر في/ الثّياب القصد إلى ضمان بجعل، فهل يحسن أن تحمى الذّريعة في هذا الوجه؟ هذا ممّا اضطرب فيه المتأخّرون لأنه كحماية مبنيّة على ضمان بجعل لحماية ملحقة بالحماية الأولى. وقد اختلف المتأخّرون فيمن باع ثوباً بقفيز قمح

إلى شهر، ثمّ اشتراه بقفيزين قمحاً نقداً، هل يجوز في ذلك ما يجوز في العين باتّفاق لارتفاع التّهمة على التحيّل على سلف بزيادة؟ أم يمنع ذلك لما يتصوّر فيه من ضمان بجعل؟ وأشار بعضهم إلى تخريج هذا على اختلاف في الحماية، هل تكون لها حماية أخرى؟ أم لا يحسن ذلك لئلاّ يتسلسل الأمر ويكثر؟ وبالجملة فإنّ هذا عندي إنّما يعتبر فيه قوّة التّهمة وضعفها. وأمّا السلف بزيادة فتقوى فيه التّهمة فيتّفق عندنا على المنع. وأمّا الضّمان بجعل فتضعف فيه التّهمة، فيحسن فيه الخلاف. فمن بالغ في الاحتياط منع من هذا، ومن لم يبالغ في هذا لم يمنع منه لضعف التّهمة فيه. وقد أشار بعض المتأخّرين إلى أنّ شراء الثّوب المبيع بقفيز قمح إلى أجل بقفيزين نقداً يجوز على أصل **ابن القاسم**. كما أجاز لمن باع ثوباً بأربعين درهماً إلى أجل أن يشتريه بعشرين ديناراً نقداً، وإن تصوّر في هذا التحيّل على الصرف المستأخر لأجل ارتفاع التّهمة لكثرة الخسارة في هذا المنقود من الطّعام. ويمنع على أصل أشهب، كما منع شراء هذه الدّراهم بالذّهب الّذي ذكرناه وإن ارتفعت التّهمة فيه.

فصـــل

في حماية الذّريعة في البيع والسلف

قال الشّيخ رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل خمسة أسئلة منها أن يقال: 1 ـ ما حكم شراء المبيع ببعض الثّمن؟ 2 ـ وما حكم شرائه بمثل الثّمن فأكثر منه؟ 3 ـ وما حكم شراء المبيع ببعض الثّمن وزيادة عليه من غير جنسه؟ 4 ـ وما حكم شراء كلّ المبيع ببعض الثّمن وزيادة في الثّمن من جنس آخر؟ 5 ـ وما حكم شراء كلّ المبيع وزيادة عليه؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: قد قدّمنا أنّ ظاهر بياعات الآجال الّتي منعها مالك وأجازها الشّافعي، الأصل فيها الجواز. لكن مالكا رأى في البياعات أنواعاً إذا قارنت العقد أفسدته. فكلّ عقد ظاهره السلامة من هذه المفسدات، ولكنّه اعتبر فيه إبطان هذه المفسدات وسترها، فإنّه يمنع، أو يمنع منها حماية للذّريعة ومخافة أن يكون المتعاقدان تحيّلا بها على المحرّم. كما قدّمنا الاضطراب في تعليل المنع لما منعناه من بياعات الآجال. وقد تقرّر أنّ الرّبا ممنوع والسلف الّذي يجرّ منفعة ممنوع، ومثّلنا ذلك بالمسائل المتقدّمة، وقد علم أنّ من المحرّمات البيع بشرط السلف. وهذا الفصل يشتمل على مسائل هي كالمثال له فيما يحمى منه. فذكر في المدوّنة إذا باع رجل من رجل عبدين بمائة دينار إلى شهر، ثمّ اشترى البائع أحدهما بخمسين ديناراً أو تسعة وتسعين ديناراً أو بدينار واحد على النقد لذلك، أنّ ذلك لا يجوز، لما يتصوّر فيه من التحيّل بما أظهراه من الفعل الجائز على بيع بشرط السلف. وذلك أنّا قرّرنا أنّ الاعتبار في بياعات الآجال أنّ ما استقرَّ الملك عليه، وما بيع ثمّ ارتجع، فكأنّه

لم يبع. فإذا علم هذا، وأحد العبدين الّذي[1] بيع ثمّ ارتجع بالشّراء كأنّه لم يعقد عليه بيْع، بل هو باق على ملك بائعه الأوّل لم يخرج من يده، وإنّما خرج من يده العبد الباقي بيد المشتري الّذي لم يرتجعه بالشِّراء وخمسون ديناراً، ويأخذ عوض ذلك إذا حلّ الأجل مائة دينار. فخمسون منها قضاء عن الخمسين الّتي خرجت من يدالبائع، وخمسون منها ثمن العبد الباقي بيد المشتري الّذي لم يرتجع منه. صار هذا محصول أمرهما. فقد تصوّر فيه صورة البيع والسلف لأنّ العبد الباقي فرضنا أنّه مبيع بخمسين تؤخذ عند الأجل، وقارن ذلك خمسون ديناراً/ أسلفها البائع نقداً، ثمّ تعود إليه إذا حلّ الأجل. وهما لو صرّحا حين العقد، بأنّه يبيع منه عبداً بخمسين ديناراً على أن يسلفه خمسين، لمنع ذلك باتّفاق. فإذا ظنّ بهما أنّ هذا قصدهما، وإن لم يصرّحا به، جعل حكمه حكم ما صرّح به من البيع والسلف. لكنّه أغلى فيما ذكره في المدوّنة في هذا التّمثيل لما قال: إنّه اشترى العبد بتسعة وتسعين نقداً، أو اشتراه بدينار نقداً، لأجل أنّ هذا التعليل في السلف أو الثّمن تبعد فيه التّهمة، ولا يشبه أن يبيع أحد العبدين بدينار ويسلفه تسعة وتسعين، فإنّ في هذا غبناً ظاهراً. وكذلك لا يشبه أن يبيع العبد الّذي أبقاه في ملك المشتري بتسعة وتسعين على أن يسلف المشتري ديناراً واحداً. لكنّ هذا التّمثيل بهذه المبالغة يصحّ على أصل أشهب المانع من شراء ثوب باعه بأربعين درهماً إلى أجل ثمّ اشتراه بعشرين ديناراً نقداً. وإن كانت التّهمة على الصّرف المستأخر في هذا بعيدة. وابن القاسم أجاز هذا، فينبغي على أصله أن يجيز ما ذكرناه من التّمثيل الّذي بالغ فيه في مسئلة العبدين. إلاّ أن يرى أنّ البيع والسلف يتكرّر القصد إليه والتحيّل عليه بخلاف الصرف المستأخر. فإذا تقرّر منع هذه المسئلة لما تصوّر فيها من صورة البيع والسلف، فإنّ المتعاقدين لو اعترفا أنّهما قصدا ما ظنناه بهما من البيع والسلف لجَرَى مجرى الحكم في هذه المسئلة على حكم من باع بشرط أن يسلف أو يسلف. لكنّهما هاهنا إذا أنكرا قصدهما لما ظنّ بهما من التحيّل على ما لا يجوز، فإنّ

---

(1) في النسختين: اللذين، والنص يقتضى ما أثبتناه.

بعض أشياخي رأى أنّ هذه المسئلة تجري على ما تقدّم من أحكام بياعات الآجال الممنوعة من فسخ الأولى والثّانية على مذهب عبد الملك. ويشير إلى إجراء الخلاف فيها على حسب ما قدّمناه من الكلام في فسخ ما منع من بياعات الآجال مع القيام والفوت. وقد اختلف الأشياخ في فسخ العقد في البيع[1] الباقي الّذي لم يرتجعه بائعه. واختلافهم في هذا جار على ما قدّمناه من طريقة بعض أشياخي في إجراء هذه المسئلة على حكم أخواتها الّتي تقدّم ذكرها، وذكر الخلاف فيها. لكن إذا وقع البيع بشرط السلف تصريحاً، فإنّ المشهور من المذهب أنّ السلف إذا أسقطه مشترطه صحّ البيع. فبعض الأشياخ تشير طريقته في هذه المسألة إلى أنّ هذه المسألة الّتي هي ارتجاع أحد العبدين تخالف مسألة اشتراط السلف في حين عقد البيع لأجل إنكار هذين المتعاقدين أن يكونا قصدا إليه. فبمقتضى إنكارهما، أن يكونا قصدا ذلك، أن تكون القيمة في العبد الفائت مطلقاً بالغاً ما بلغت، ولكن يعتبر فيها أن تكون مثل الثّمن فأقلّ فإن كانت أكثر من الثّمن، رجع إلى الثّمن على حسب ما ذكرناه في المدوّنة فيمن اشترط في عقد البيع سلفاً. ومنهم من يوافق على هذا، ولكن سلك في تعليله طريقة أخرى، فيقول: إنّما يعتبر كون القيمة أكثر من الثّمن أو أقلّ إذا كان الثّمن عنها نقداً. وأمّا إن كان ديناً أو عرضاً، فالقيمة يقضي بها على الإطلاق، والثّمن هاهنا دين. وغير هؤلاء من الأشياخ يرى أنّ الواجب إذا فات هذا العبد أن يحطّ من الثّمن المؤجّل مقدار ما ينوبه منه، ولا يقضي فيه بالقيمة على الإطلاق منفرداً. وهذا جنوح من هؤلاء إلى اعتبار الثّمن. وقد كنّا قدّمنا الكلام على الواجب في هذا إذا فاتت السلعة، وذكرنا مذهب من فصل فاعتبر كون ما يغرم من القيمة المطلقة أقلّ مِمّا يأخذ عند الأجل أو أكثر.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال: أمّا شراء أحد هذين العبدين بمثل الثّمن فأكثر نقداً، فإنّه جائز، لأنّا قدّمنا أنّ المعتبر في بياعات الآجال ما خرج من يد البائع خروجاً لم يرتجعه وما يرجع إليه من العوض. فوجدنا بيع العبدين

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المبيع.

بمائة دينار إلى سنة، ثمّ اشترى أحدهما بمائة دينار نقداً أو بمائتي/ دينار نقداً لا منفعة له في هذا [حتّى][1] يتهم على القصد إلى ما لا يجوز لأجلها بل يخسر في هذا. وذلك أنّ العبد الّذي باعه ثمّ ارتجعه كأنّه لم يبعه ولا خرج من يده، وإنّما استقرّ الأمر على أنّه خرج من يده العبد الباقي في ذمّة المشتري الّذي لم يرتجعه ومائة دينار أو أكثر منها نقداً، ويأخذ إذا حلّ الأجل مائة دينار. فإنّما يعود إليه عند الأجل من الدّنانير مثل ما خرج من يده أو أقلّ منه، ويزيد على ذلك عبداً وهو الباقي في يد المشتري. وهذا لا يتّهم فيه أحد. لكن الشيخ **أبو إسحاق التّونسي** حاول تخريج خلاف في هذا، فقال: إنّ من باع ثوباً بعشرة دراهم إلى شهر ثمّ اشتراه بثوب نقداً وعشرة دراهم، فإنّ هذا يمنعه **عبد الملك**، ويجيزه ابن **القاسم**، لأجل أنّه لا يرى فيه منفعة ولا ربحاً يتحيّل عليه، لأنّ الثّوب المبيع قد رجع إلى بائعه ودفع إلى المشتري ثوباً آخر وعشرة دراهم يأخذها منه إذا حلّ الأجل، فقد اتّضح ها هنا خسارته لا ربحه. لكن **عبد الملك** منع هذا وإن لم تكن فيه منفعة ظاهرة، وقدّر أنّ الثّوب الّذي ارتجعه إنّما ارتجعه من معاوضة ثانية وهي دفع ثوب آخر، وهذه مبايعة قارنها سلف عشرة دراهم يأخذها إذا حلّ الأجل. قال: ولا سيما إن كان الثّوب المدفوع آخراً أدنى من الثّوب الأوّل. وأشار بقوله: لا سيما إذا كان أدنى، إلى اتّضاح التّهمة ها هنا. وهذا الّذي أشار إليه قد يكون انفصالاً عمّا لزمه **الشيخ أبو إسحاق** أن يقول به في المسئلة الّتي ذكرناها، لأنّ ها هنا مبايعة ثانية وهي عرض بعرض، والأعراض تختلف فيها الأغراض، ولا سيما مع اختلاف القيم، فصحّ ها هنا انصراف الغرض إلى التحيّل على البيع والسلف، ومسئلتنا المتقدّمة إنّما ارتجع أحد العبدين بدنانير من جنس الثّمن الّذي له في الذّمّة، والأغراض ها هنا [لا][2] تتصوّر كما تصوّر في شراء هذا الثّوب بثوب آخر غيره. **وابن القاسم** قدّر أنّ هذا رجع كأنّه لم يخرج من يده لا بعوض ولا بغير عوض، وإنّما صار محصول أمرهما أنّ البائع

(1) ساقطة من النسختين والنص يقتضيها.
(2) ساقطة من النسختين والنص يقتضيها.

خرج من يده ثوب وعشرة دراهم، ويأخذ إذا حلّ الأجل عشرة دراهم. **وابن القاسم** قد قدّمنا أنّ من أصله أن يجيز بياعات الآجال إذا اتّضح ارتفاع التّهمة. **وأشهب** يمنعها وإن ارتفعت التّهمة. **وعبد الملك** يجيزها حتّى يتّضح تصوّر التّهمة فيها، على ما قدّمناه عنه في مسئلة المبادلة سكّة بسكّة في بياعات الآجال. وقد ألزم بعض الأشياخ **عبد الملك** أن يمنع ما اتّفق المذهب على جوازه، لأنّه اعتلّ في منع شراء الثّوب الّذي باعه بعشرة دراهم إلى شهر، ثمّ اشتراه بثوب وعشرة دراهم نقداً، فإنّ ذلك يتصوّر فيه البيع والسلف على ما قدّمناه. فقال بعض الأشياخ: يلزمه على هذا أن يمنع من شراء هذا الثّوب الّذي باعه بعشرة إلى أجل بعشرة دراهم نقداً أو بعشرين درهماً نقداً، لأنّه يتصوّر أيضاً فيه أن تكون العشرة دراهم الّتي نقدها سلفاً يأخذها إذا حلّ الأجل، والثّوب الّذي ارتجع بعد أن باعه منفعة حصل عليها لأجل هذا السلف. وكذلك لو اشتراه بعشرين نقداً فإنّه يتصوّر فيه البيع والسلف، فتكون عشرة من العشرين سلفاً، والعشرة الباقية من العشرين ثمن الثّوب الّذي اشتراه. ولم يختلف المذهب في أنّ هذا غير ممنوع لأنّه إنّما منع ما ذكرناه من بياعات الآجال لأجل التّهمة الّتي تتطرّق إلى المتعاقدين من التحيّل على فعل ما لا يجوز في البياعات. ولا يتّهم أحد أن يسلف عشرين ليأخذ عشرة إلى أجل، ولا في أن يسلف عشرين فيأخذ عشرة إلى أجل[1]. وإنّما لم يختلف في جواز هذا لأجل ارتفاع التّهمة فيه. وقد تقرّر أنّ العشرة المؤجّلة استقرّت في ذمّة مشتري الثّوب ثمناً له، فكيف يتصوّر أنّها ثمن للثّوب وإنّما يدفعها عند الأجل بحكم كونها/ ثمن الثّوب الّذي باعه آخراً وقد اشتراه أوّلاً؟ ويتصوّر مع هذا أنّه إنّما يدفعها عند الأجل قضاء عن السلف الّذي انتقد[2]. فتكون العشرة المؤجّلة إذا دفعت عند الأجل تدفع على أنّها ثمن الثّوب، وعلى أنّها ليست بثمن وإنّما هي قضاء

(1) هكذا (إلى أجل) في النسختين ولعل الصواب: (نقدا).

(2) ابراز للتناقص.

للسلف، وهذا من التناقض الّذي [لا][1] يصحّ تصوّره. هذا حكم الشراء بعد البيع بمثل الثّمن أو أقلّ منه أو أكثر نقداً.

وأمّا لو اشترى إلى الأجل نفسه لكان ذلك مقاصة ولا يتصوّر فيه وجه من وجوه حماية الذّريعة.

وأمّا إن اشتراه إلى أبعد من الأجل، فإنّ هذا يمنع منه سواء اشتراه بمثل الثّمن أو أقلّ أو أكثر، لأنّه يتصوّر فيه ما قدّمناه من شراء البائع له بالنّقد من بيع وسلف. لكن الّذي قدّمناه يتصوّر السلف فيه من جهة البائع الأوّل. وإذا اشترى أحد الثّوبين بثمن إلى أبعد من الأجل، كان المسلف ها هنا المشتري الأوّل. فيكون عند الأجل قد دفع عشرة أو تسعة أو أحد عشر يردّها إليه البائع إذا حلّ أجل الثّاني. وقد كان أعطاه ثوباً وهو الباقي عنده فيتصوّر فيه السلف بزيادة والبيع والسلف على حسب ما تقدّم بمثله قبل هذا.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: ذكر في **المدوّنة** فيمن باع ثوبين بعشرة دراهم إلى شهر، ثمّ اشترى أحد الثّوبين بخمسة دراهم وثوب نقداً، أنّ ذلك لا يجوز، لأنّه بيع وسلف، وفضّة وعرض معجّلة وفضّة مؤجّلة. وهذا الّذي ذكره في **المدوّنة** هو جار على الأسلوب في المسئلة الّتي تقدّمت وتقدّم ذكر ما تنبني عليه هي وأخواتها من الاعتبار بما خرج من يد البائع، وأنّ ما خرج من يده ثمّ عاد إليه ملغى مطرح. فهذا لمّا خرج من يده الثّوب الّذي ارتجعه ثمّ عاد إليه ألغي حكمه. وتصوّر في هذه المعاملة أنّه باع الثّوب الباقي في يد المشتري والثّوب الّذي دفعه مع الخمسة دراهم المنقودة بعشرة دراهم إلى أجل، فإذا حلّ الشهر دفع المشتري خمسة دراهم منها عوض الثّوبين الحاصلين في يديه من قبل البائع، وهما الباقي في يد المشتري الّذي لم يرتجع والثّوب الآخر الّذي جعلاه عوضاً عن الثّوب المرتجع والخمسة الدّراهم الباقية قضاء عن الخمسة الّتي أسلفها إيّاه لما دفعها مع الثّوب.

---

(1) ساقطة من النسختين والنص يقتضيها.

وإن شئت صوّرت المسئلة بصورة أخرى، فقدّرت أنّه باع ثوباً وخمسة دراهم معه بالثّوب الّذي ارتجعه بعد أن باعه بالعشرة دراهم المؤجّلة، فيكون هذا تحيّلاً على بيع عرض ودراهم مؤجّلة. والتّصويران جميعاً لو ثبت القصد إليهما أو إلى أحدهما لاتّضح المنع. فكذلك إذا اتّهما على القصد إليهما.

وقد تقدّم بيان الخلاف في هذه البياعات الّتي منعت لحماية الذّرائع، هل يتسلّط الفسخ على المعاملة في الأولى والثّانية أو على الثّانية خاصة؟ وعلى حسب ما تقدّم بيانه في قيام السلعة أو فواتها. كما تقدّم بيان الوجه الّذي يفيتها لما تقدّم بيان تصوّر البيع والسلف في مسئلة أحد العبدين، وكون القيمة تعتبر فيه كما تعتبر في البيع والسلف، أو يقضى فيه بالقيمة مطلقاً كالبياعات الفاسدة الّتي لم تفسد من ناحية البيع والسلف. وقد قال بعض الأشياخ: إنّ هذه الثلاثة أثواب يختص كلّ واحد منها بحكم غير حكم صاحبه. أمّا[1] أحد الثّوبين الّذي بقي بيد المشتري لم يرتجع منه، فإنّ البيع فيه نافذ. وأمّا الثّوبان الآخران اللّذان هما الثّوب المرتجع والثّوب المدفوع عوضاً عنه، فإنّهما يفسخ البيع فيهما. لكن هذان الثّوبان وإن تسلّط الفسخ عليهما جميعاً، فإن حكمهما في الفوت وفي القيمة مختلف. فأمّا الثّوب المرتجع، فإنّه لا تفيته حوالة الأسواق على ما قدّمناه من مذهب **ابن كنانة وسحنون**، وإنّما يفيته التغيُّر الشديد، ويقضى فيه بالقيمة مطلقاً. وأمّا الثّوب الثّالث الّذي هو عوض الثّوب/ المرتجع، فإنّه تفيته حوالة الأسواق كما تفيت البياعات الفاسدة الّتي فسادها من غير جهة السلف. وكذلك يعتبر في القيمة[2] ما يعتبر في البيع المشترط فيه السلف. وقد قدّمنا نحن ذكر القيمة في مثل هذا وما قاله بعض أشياخي فيه. وأنت إذا عرضت هذا على ما تقدّم علمت منه تخريج هذا الّذي قيل في هذه الثّلاث ثياب، هل يفسخ البيع في الثّلاث ثياب مع كونها لم تفت؟ أو يصحّ البيع في الثّوب الباقي بناء على فسخ البيعتين جميعاً مع القيام؟ أو باختصاص الفسخ بالبيعة الثّانية لتصحّ الأولى

(1) في النسختين: وأما.

(2) في النسختين (قيمة)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

وترتفع الشبهة الّتي أدخلت الفساد؟ وفسخ هذين الثّوبين يصحّح البيع في الثّوب الباقي الّذي على هذه الطّريقة. وكذلك إذا فاتت الثّياب، فقد تقدّم ذكر المذاهب فيها، فتخرّج هذه على ما تقدّم. لكن هذا الّذي وقع ها هنا من تفصيل هذا القائل وتفرقته في الحكم بين الثّوب المرتجع والثّوب المدفوع عوضاً عنه، إنّما وقعت المعاملة الثّانية فيهما بعقد واحد، فلا ينفرد/ أحدهما بحكم عن صاحبه. وكلّ واحد منهما عقَد على شرط السلف. وإذا بيع ثوب بثوب بشرط السلف، فالفساد من ناحية الشّرط يتصوّر في الثّوبين على وجه واحد. وإذن اختلف الحكم باختلاف محلّ السلف، هل هو من البائع أو من المشتري على ما يأتي بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى. وقد ذكرنا فيما تقدّم ما قاله بعض الأشياخ في مناقضة **عبد الملك** من إحالة كون الشّيء الواحد يحكم له بحكم عقدين مختلفين، لما بيّناه أنّه لا يمكن أن يكون الثّمن قضاء عن السلف وثمناً للثّوب. فكذلك الأمر فيما نحن فيه إذا كان الثّوب المرتجع عوضاً عن الثّوب الّذي دفع آخراً لم يتصوّر افتراق حكم الثّوبين. وينبغي أن يلتفت إلى مقتضى حكم التّعليلين المذكورين في **المدوّنة** في هذه المسئلة من كون المنع لما يتصوّر من بيع وسلف، وما يتصوّر من بيع عرض وفضّة بفضّة مؤجّلة، فإنّ الاقتصار على التّعليل ببيع عرض وفضّة بفضّة مؤجّلة يقتضي إيجاب القيمة مع الفوت مطلقة. والتّعليل بالبيع والسلف يجري على ما ذكر من الخلاف فيه إذا وقع السلف مشترطاً في أصل البيع عند من يذهب إلى أنّ المظنون ها هنا الممنوع لحماية الذّريعة يجري مجرى المشترط من السلف.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال: إذا باع الرّجل ثوباً بعشرة دنانير إلى شهر، ثمّ اشتراه منه بخمسة دنانير وثوب من نوعه أو من غير نوعه، فإنّ ذلك ممنوع لما يتصوّر فيه من البيع والسلف على حسب ما صوّرناه مراراً. وذلك أنّ الثّوب الّذي بيع ثم ارتجع ملغى مطرح كأنّه لم يبع، وحصل من الأمر أنّ البائع يُخرج من يده الآن خمسة دنانير وثوباً يأخذ عوضاً عن ذلك عشرة دنانير إذا حلّ الأجل. فخمسة من هذه الّتي أخذها لمّا حلّ الأجل قضاء عن الخمسة الّتي

كانت مع الثّوب، والثّوب الّذي مع الخمسة مبيع بالخمسة الباقية من العشرة. فهذا لو اشترط لمنع لكونه بيعاً وسلفاً، فكذلك إذا اتّهما على القصد إليه. فإذا وقع هذا فإن كان الثّوبان لم يفوتا فإنّ البيعتين فيهما تفسخ على قول **عبد الملك**، فيردّ الثّوب والخمسة المقارنة له إلى يد دافعها، ويبقى في يده الثّوب الّذي باعه أوّلاً، وتسقط العشرة دنانير كلّها لأنّها ثمن الثّوب المبيع أوّلاً وهو قد رجع إلى يد بائعه. وعلى مذهب **ابن القاسم** يردّ الثّوب والخمسة المقارنة له إلى دافعها ويردّ الثّوب المبيع أوّلاً إلى يد مشتريه لتصحّ البيعة الأولى. فإن وقع الفوت، فإنّ الثّوب المقارن للخمسة دنانير يقضى بقيمته مطلقاً لكون العقد فيه فاسداً. وهو وإن تصوّر في العقد عليه البيع والسلف، فقد قدّمنا العذرعن هذا بأنّ المتعاقدين منكران أن يكونا قصدا البيع/ والسلف، فقضي في القيمة عليهما بمقتضى إنكارهما ومقتضى كون القيمة مطلقة. وأمّا الثّوب الآخر فإنّه إذا فات أيضاً وجب فسخ البيعتين جميعاً كما قدّمناه **عن عبد الملك وابن القاسم**. وإذا وجب الفسخ للبيعتين جميعاً، فإنّ الثّوب المقارن للخمسة قد أوجبنا ردّ قيمته. وقيمته إذا ردّت، فكأنّ عينه ردّت. والثّوب المبيع أوّلاً إذا فات وقد ارتجعه بائعه، فقد فات في يده بعد أن صار إليه قبل أن يفوت. وإذا فات في يديه كانت مصيبته منه، وانفسخ البيع فيه وهو في يده، فينحطّ عن المشتري ثمنه الّذي عقد به البيع فيه؛ لما قدّمناه في شراء البائع أحد الثّوبين اللّذين باعهما بثمن إلى أجل ثمّ اشتراهما بثوب/ وخمسة دراهم، لأنّ الثّوب الباقي في يد المشتري الّذي لم يرتجع من يديه، يمضي البيع فيه بحصّة من العشرة الّتي بيع بها هو وصاحبه، ويبقى ما زاد على ما يختص به ثمناً للثّوب الّذي باعه ثمّ ارتجعه وفات في يديه ووجب فسخ العقد فيه، فيسقط عن مشتريه الأوّل، لكنّه فات في يد من باعه منه بيعاً فاسداً.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال: إذا باع منه ثوباً بعشرة دنانير إلى شهر ثمّ اشتراه وثوباً آخر معه بدنانير، فإنّه لا يخلو أن تكون هذه الدّنانير الّتي اشترى بها هذين الثّوبين، الأوّل والثّاني، مثلَ الثّمن الأوّل أو أقلّ أو أكثر. ثمّ

لا تخلو هذه الأقسام من أن تكون وقع العقد بها إلى ما قبل الأجل الأوّل أو إلى الأجل نفسه أو إلى أبعد من الأجل.

فإن كان العقد بها إلى قبل الأجل الأوّل، فإنّه يمنع جميعها. لكن طريقة المنع تختلف. فإن كان هذا العقد الثّاني مثل الثّمن الأوّل، فأقلّ منه، فإنّ علّة المنع ما تصوّر في هذا من سلف بزيادة. فإن كان الشّراء بعشرة وكذا كان البيع الأوّل، فإنّ الثّوب المبيع أوّلاً المرتجع آخراً كأنّه لم يبع. وإنّما استقر الملك للمشتري على الثّوب الثّاني لما أعطاه عشرة نقداً يأخذها بعد شهر. فيكون ذلك منه سلفاً والمنفعة في هذا السلف الثّوب الّذي أخذه لمّا أسلف العشرة المنقودة. وكذلك إذا اشتراهما بخمسة، فإنّه أسلف خمسة ليأخذ إذا حلّ الأجل عشرة، فتكون المنفعة في السلف الثّوب والخمسة الّتي يأخذها عند الأجل. فإذا اشتراه بخمسة عشر، كان الزّائد على العشرة ثمناً للثّوب الّذي أخذه آخراً والعشرة المقارنة له سلف منه يأخذها إذا حلّ الأجل.

وأمّا إن كان هذا العقد الثّاني بثمن يحلّ عند حلول الأجل الأوّل، فإنّ ذلك جائز سواء كان بمثل الثّمن أو أكثر أو أقلّ لأنّ المقاصّة تجب لاتّحاد الأجلين، فلا يكون أحدهما دفع لصاحبه ما يكون سلفاً عنده.

وأمّا إن كان هذا العقد الثّاني بثمن إلى أبعد من الأجل، فإنّه يمنع إذا كان بأكثر من الثّمن، ويجوز إذا كان بمثل الثّمن أو أقلّ منه لأنّ المشتري الأوّل يعود ها هنا هو المسلف لمّا كان هو الّذي يخرج ذهبه أوّلاً لمّا حلّ الأجل. فإذا أخرج عشرة لمّا حلّ الأجل وأخذ بعد شهر آخر عشرة، وقد كان دفع ثوباً فيما قبل، صار السلف وخسر الثّوب الّذي كان دفعه. وإن اشترى بأقلّ من عشرة، فقد خسر أيضاً الثّوب وما انتقص من العشرة. وإن كان اشتراه بأكثر من عشرة، فإنّه يكون سلفاً بزيادة لكونه يدفع عند الأجل عشرة ويأخذ بعد شهر آخر خمسة عشر، وقد كان أخذ قبل ذلك ثوباً، وهذا سلف بزيادة فوجب أن يمنع.

فصـــل آخر

هذا الفصل يشتمل على بيان ما يحمى من الذّريعة في بياعات الآجال إذا تصوّر فيها التّعامل على دين بدين. وذلك مثل أن يبيع رجل من رجل ثوباً بعشرة دنانير إلى شهر، ثمّ يشتري منه ذلك الثّوب بسلعة مضمونة عليه إلى شهر أو أكثر منه. فإنّ هذا يمنع لأنّه يتصوّر فيه الدّين بالدّين. وذلك أنّ الثّوب/ الّذي باعه ثمّ ارتجعه، قد قدّمنا مراراً أنّه يعدّ أنه ملغى كأنّه لم يقع فيه بيع. وإذا عددناه كذلك، فقد حصل من أمرهما أنّ ذمّة المشتري عمرت بعشرة دنانير إلى أجل وعوّضها السلعة المضمونة إلى أجل الآخر. فيكون ذلك سَلَماً شرط فيه تأخير رأس المال إلى أجل بعيد. وذلك أنّ/ السلعة المضمونة في الذّمّة إلى أجل مثل آجال السلم صار ثمنها العشرة دنانير المؤجّلة شهراً. فمنع ذلك لكونه ديْناً بديْن. ولو كان الثّوب لمّا بيع بالعشرة دنانير كان أجلها يومين أو ثلاثة، جاز شراء الثّوب المبيع أوّلاً بسلعة مضمونة إلى أجل، لأنّ ثمنها وهو العشرة دنانير إنّما يتأخّرون به يومين أو ثلاثة، وتأخير رأس مال السلم هذا المقدار غير ممنوع كما قدّمناه في كتاب السلم. لكن لو اشترى هذا الثّوب الّذي باعه أوّلاً بعشرة دنانير إلى أجل بثوبين أو ثلاثة من جنسه مضمونة إلى أجل، فإنّ هذا ممّا تردّد فيه الشيخ **أبو إسحاق**، هل يجوز إذا كان أجل الدّنانير يحلّ بعد يومين أو ثلاثة لكون الثّياب المضمونة صارت سلفاً تأخّر رأس ماله وهو العشرة دنانير اليومين والثّلاثة، أو يمنع ذلك أخذا في هذا العقد بظاهر مقتضى العقد الثّاني، ومقتضاه أنّه اشترى ثوباً بثوبين من جنسه إلى أجل، وسلَم ثوبٍ في ثوبين من جنسه لا يجوز بمقتضى بياعات الآجال. وكون الثّوب المبيع المرتجع كأنّه لم يبع يقتضي الجواز بشرط أن يكون رأس المال لا يتأخّر أجلاً بعيداً. أو يعرض في هذه

المسئلة عن حكم بياعات الآجال لمّا تصوّر في السلعة الثّانية صورة توجب حماية الذّريعة الممنوع منها وهي سَلَمُ الشيء في مثله. وقد قدّمنا الكلام على ما يضارع هذا الّذي نحن فيه لمّا ذكرنا حكم من باع سلعة بثياب مضمونة في الذّمّة إلى أجل، ثمّ اشترى تلك السلعة بثياب من جنسها بعدها. وذكرنا تفصيل القول في ذلك وبناء المسئلة على ما وقع من الاضطراب في علّة منع سلم الشّيء في مثله. وبيّنا ذلك هناك بياناً شافياً يغني عن إعادته ها هنا.

فصـــل
يشتمل على شراء أمثال المبيع
في بياعات الآجال

قد وضح ما ذكرناه من أحكام ارتجاع المبيع بعينه في بياعات الآجال إذا خيف منه أن يوقع في أحد المحرّمات الّتي عددناها وذكرنا ما يتعلّق بها من الفروع. فإن اشترى البائع غير الّذي باع، فلا يخلو أن يكون الّذي اشتراه جنساً آخر غير الّذي باعه أو يكون مشبِهاً له. فإن كان جنساً آخر فلا خفاء أنّه لا تحمى فيه الذّريعة، ولا يتعلّق البيع الثّاني بالأوّل لاختلاف الأغراض في الجنسين المتباينين. وإن كان مشبِهاً بالبيع[1] الأوّل، فلا يخلو أن يكون ممّا لا يعرف بعينه إذا غيب عليه، كالمكيل والموزون، أو يعرف بعينه مثل أن يبيع رجل من آخر مائة قفيز قمحاً، ثمّ يشتري بعد ذلك منه قمحاً آخر، فإنّه يتصوّر في ذلك صور كثيرة بحسب ما قدّمناه في مسئلة أوّل هذا الكتاب. فيتصوّر أن يشتري منه هذا القمح بمثل الثّمن الّذي باع منه القمح الأوّل أو بأكثر من الثّمن أو بأقلّ منه. ويمكن في هذه الثّلاثة أقسام أيضاً أن يكون هذا الشراء بثمن يؤخّر إلى ما قبل الأجل أو إلى الأجل نفسه أو إلى أبعد من الأجل. فإن وقع البيع على هذه الأقسام الّتي أشرنا إلى تعدادها على الجملة، فإنّ جميع ذلك جائز سوى وجهين،/ أحدهما أن يكون القمح المشترى الآخر أكثر من كيل القمح المبيع أوّلاً. فإن كان أكثر في المكيلة فإنّه يمنع على الإطلاق سواء كان الثّمن مساوياً للأوّل أو أكثر منه أو أقلّ. فإنّه إذا كان مساوياً للثّمن الأوّل حصل من أمرهما أنّ البائع خرج من يده مائة قفيز قمحاً ورجع إليه أكثر منها، فكأنّه أسلف قمحاً

---

(1) هكذا ولعل الصواب بالمبيع.

ليأخذ أكثر منه. وإن كان الثّمن أكثر من الأوّل، تصوّر/ فيه البيع والسلف. لأنّه خرج من يده مائة قفيز قمحاً وارتجع مائة قفيز وخمسين ودفع خمسين ديناراً وهي ثمن الخمسين قفيزاً الزّائدة على المائة الّتي كان باعها. وإن كان الثّمن أقلّ من الثّمن الأوّل يتصوّر فيه الزيادة في السلف من ناحيتين من ناحية زيادة كيل الثّاني على الأوّل وأنّه يدفع خمسين ديناراً نقداً ويأخذ مائة عند حلول الأجل. ولو كان شراء القمح الثّاني بثمن إلى أبعد من الأجل لأجريت في هذا ما صوّرناه. لكن يكون المسلف ها هنا دافع الدنانير لمّا حلّ الأجل، فينظر ما يعود إليه عند الأجل الثّاني، هل تتصوّر فيه زيادة فيكون سلفاً بزيادة فيمنع، أم لا؟ وهذا اقتصرنا فيه على التّنبيه لأنّ ما تقدّم من المسائل الكثيرة الّتي مثّلنا بها تلك الأنواع المتقدّمة توضح وجوه العلل المختلفة في هذا الباب.

وكذلك يمنع أن يشتري القمح الثّاني بأقلّ من الثّمن الأوّل على الإطلاق، لأنّ الثّمن الأوّل إذا أنقد عند المعاملة الثّانية ثمّ أخذ أكثر منه عند الأجل الأوّل، صار مسلفاً دنانير ليأخذ أكثر منها. ويجري أيضاً في التّمثيل لو كان ثمن الثّاني إلى أبعد من الأجل على ما قدّمناه. لكن من[1] اعتبر دفع قليل ليؤخذ عنه ما هو أكثر منه. فتلخّص من هذا أنّ جملة ما يمنع وجهان: 1 ـ أن يكون القمح الثّاني أكثر من القمح الأوّل، 2 ـ أو يكون ثمن الثّاني أقلّ من الثّمن الأوّل. هذا مع اختلاف الأجلين حتّى تحصل التّهمة في دفع قمح سلفاً ليؤخذ أكثر منه، أو دنانير سلفاً ليؤخذ أكثر منها. وأمّا لو كان البيع الثّاني إلى الأجل الأوّل حتّى يتقاصّا بالأثمان ولا يدفع أحدهما لصاحبه شيئاً، لم نراع اختلاف مقدار الثّمنين، لأنّه إذا لم يدفع أحدهما إلى الآخر شيئاً لم تتصوّر التّهمة على سلف قليل ليأخذ كثيراً. وإذا اتّفق الأجل لم يراع اختلاف الثّمن إلاّ فيما صوّرناه في زيادة المكيلة وكون الزّيادة سلفاً. وقد تصوّر من هذا أنّ الشّراء بمثل المكيلة فأقلّ بمثل الثّمن فأكثر، لا تهمة فيه على ما اقتضاه التّفصيل والتّعليل المتقدّم في اعتبار ما ينقد في المعاملة الثّانية أو لا ينقد. وكذلك نعلم من هذا التّصوير

(1) هكذا في النسختين: لكن من اعتبر. ولعل الصواب: لكن مع اعتبار.

والتّعليل المتقدّم ذكرهما منع شراء قمح أو أقلّ من القمح الأوّل بثمن هو أقلّ من الثّمن الأوّل، لأنّ البائع إذا باع مائة قفيز بمائة دينار إلى أجل ثمّ اشترى ثمانين قفيزاً بثمانين ديناراً، فإنّ العشرين الزّائدة على الثّمانين قفيزاً مبيعة بالعشرين ديناراً الّتي يأخذها البائع الأوّل إذا حلّ الأجل. وقد أسلف ثمانين ديناراً ليأخذها عند الأجل، وتقدّر أيضاً الثّمانون قفيزاً قمحاً كسلف ارتجعه.

وأنت إذا اتّبعت ما أصّلناه أوّلاً مع اعتبار ما خرج من يده وما يعود إليها، وقابلت أحدهما بالآخر، علمت فروع هذا الفصل كلّها/ لكن وقع اضطراب في قسم واحد يتعلّق بهذا الفصل، وهو أن يشتري القمح الثّاني بمثل الثّمن الأوّل، ولكن القمح الثّاني أقلّ في المكيلة، فإنّ هذا وقع فيه الاضطراب بين المتأخّرين فيما يضاف إلى المذهب في هذه المسئلة. فأشار بعضهم إلى أنّ ظاهر كتاب بيوع الآجال من **المدوّنة** يقتضي المنع منه. وذلك أنّه ذكر في **المدوّنة** في هذا السؤال أنّه لا بأس أن يشتري بمثل الثّمن فأكثر إذا كان مثل المكيلة الّتي باع أوّلاً. وتقييد هذا الجواب يقتضي دليل الخطاب أنّه إذا باع بمثل الثّمن ما هو أقلّ من المكيلة، فإنّه لا يجوز لاشتراطه أن يكون القمح الثّاني مثل المكيلة، ودافع عن هذا كثير من الأشياخ ورأوا أنّه لم يرد بهذا التّقييد إثبات دليل لهذا الخطاب. فقيل لهم: إن دافعتم عن هذا كون هذا الخطاب لم يرد به أنّ المسكوت عنه بخلاف المنطوق به، فإنّ في **المدوّنة** في كتاب السلم منع من باع طعاماً أن يقتضي من ثمنه مكيلة هي أقلّ من المكيلة الّتي باع أوّلاً، مثل/ أن يبيع مائة قفيز قمحاً بمائة دينار إلى شهر، فإذا حلّ الأجل أخذ عوض الثّمن خمسين قفيزاً ثمناً للمائة قفيز المبيعة أوّلاً. وبيع القمح بالقمح متفاضلاً نسيئة لا يجوز. وقد تصوّر هذا في هذه المسئلة، فانفصلوا عن هذا بأنّ من اقتضى من ثمن طعام باعه طعاماً، فإنّه يجري مجرى الإقالة. وقد أخلى الذمّة من الثّمن بهذه المعاملة الثّانية وسقط بها الثّمن الأوّل. فلمّا سقط من الذّمّة وجرى ذلك مجرى الإقالة الّتي هي حلّ العقد، صار ثمن المائة قفيز المبيعة أوّلاً خمسين قفيزاً وهي الّتي أخذت أخيراً. والمسئلة الّتي نحن في بيانها لم تُحَلَّ البيعة

الأولى، وشراء البائع الأوّل خمسين قفيزاً من الّذي اشترى منه القمح الأوّل لا يسقط الثّمن الأوّل عن ذمّته، ولا يحلّ العقدَ الأوّل بل تبقى ذمّة المشتري عامرة متبوعة بالمائة دينار الّتي تعاقدا عليها أوّلاً. ولا يصحّ كون الخمسين قفيزاً ثمناً للمائة قفيز ها هنا مع كون ثمن المائة قفيز باقية في الذّمّة لم يسقط عنها، فيكون لها ثمنان: المائة دينارٌ والخمسون قفيزاً، والّذي اقتضى الخمسين قفيزاً من ثمن الطّعام الأوّل قد أسقط الثّمن الأوّل، فصحّ تقدير كون هذه الخمسين قفيزاً ثمناً للمائة قفيز الّتي بيعت أوّلاً.

فإذا وضح حكم بيع الإنسان طعاماً ثمّ يشتري ممّن اشتراه منه طعاماً يمكن أن يكون هذا الطّعامَ بعينه، فلنتكلّم على ما يعلم أنّه ليس هو عين المبيع الأوّل، مثل أن يبيع منه ثياباً ويشتري منه أمثالها، فإنّ في هذا قولين أجازه في **المدوّنة** ومنعه **سحنون** وابن **الموّاز**. وكأن هذه المسئلة واسطة بين طرفين أحدهما أن يشتري جنساً آخر غير المبيع الأوّل ممّا تَبَاعدُ فيه الأغراض، فإنّ هذا واضح كون البيعة الثّانية لا تعلّق لها بالبيعة الأولى، لاتّضاح اختلاف الأغراض وتباين المقاصد، فتحمل البيعة الثّانية على أنّ سببها اختلاف الغرض ما بين البيعة الأولى والثّانية لا على التحيّل على ما لا يحلّ من أمثال ما قدّمناه، فلا يمنع.

وإذا كان المبيع ثانياً هو بعينه المبيع الأوّل، أو شكّ هل هو الأوّل أو غيره؟ منع ذلك رجاء عذر ارتجاع نفس المبيع مع تقارب الأغراض، فحسنت ها هنا حماية الذّريعة، وكون السبب في المعاملة الثّانية التحيّل على ما لا يجوز. فهذان طريقان واضحان على أصل المذهب./ فإذا باع ثياباً ثمّ اشترى مثلها، فإنّه يعلم أنّ البيع الثّاني ليس هو الأوّل فيجري مجرى شراء جنس آخر، فيجوز. ومن حيث كون المنافع والأغراض متقاربة يحسن أن يجري هذا الثّاني مجرى ارتجاع الأوّل بعينه. فلأجل هذا وقع الخلاف في هذا. وقد علّل في **المدوّنة** بأن الثّياب من استهلكها يغرم قيمتها. ومن استهلك الطّعام غرم مثله، ليشير إلى ما قدّمناه من أنّ غرامة القيمة تشعر بكون الشّيء بعينه كأنّه جنس آخر،

فلهذا لم يقض بمثله. وقد ناقض **ابن الموّاز ابن القاسم** في مذهبه في الثّياب بأن قال: إنّه يمنع من أسلم ثياباً في حيوان أن يقبل[1] المسلم إليه على ثياب أكثر منها عدداً. ويرى ذلك سلفاً بزيادة، فأجراه ها هنا مجرى العين والطّعام على التّهمة على سلف بزيادة فينبغي أن يجري مجرى الطّعام أيضاً في منع شراء أكثر من الثّياب. وانفصل عن هذاالشّيخ **أبو محمّد بن أبي زيد** بأنّ هذا المقيل من هذا السلم لما أقال منه انحل العقد بالإقالة وبطل ما في الذّمّة ممّا هو ثمن الثياب، فإذا بطل ما في الذّمّة حصل من الأمر أنّه أخرج من يده ثياباً وأعاد إليه مثلها بزيادة، فحسن ها هنا أن يتّهما على سلف بزيادة لمّا صارت الثّياب المزيد في عددها هي عوض الثّياب الّتي أسلمت في الحيوان، وثمن الثّياب الّتي أسلمت قد بطل بالإقالة.

وأمّا إذا باع ثياباً ثمّ اشترى أكثر منها ممّن باع الثّياب أوّلاً منه، فإنّ البيع الأوّل لم يبطل، وثمن الثّياب الأولى باق في ذمّة مشتريها على حسب ما كان عليه، والثياب الثانية/ قد اشتراها بثمن آخر بعده، وحين شرائها لم يبطل الثمن الأوّل، فتعدّ الثياب الثّانية ثمناً للثّياب الأولى لما بطل ثمن الأولى. وها هنا ثمن الأولى باق على ما هو عليه. وهذه الثياب مع ما زيد عليها قد أخذ ثمنها، فلايصحّ أن يجعل ما انتقد ثمناً لها، ويكون مع هذا ثمناً أيضاً للثّياب الأوّل، فيكون لها ثمنان اثنان، وهذا واضح. وقد كنّا قدّمنا هذا الفرق عن بعض الأشياخ المتقدّمين لنا، قيل لهم: يلزم **ابن القاسم** أن يمنع بائع الطّعام أن يشتري أقلّ من المكيل بمثل الثّمن، كما مَنَع أن يقتضي من ثمن الطّعام طعاماً أقلّ منه. وذكرنا عنه ما دفعوا به هذه المعارضة والإلزام، وهو مثل هذا الّذي سبقهم إليه الشيخ **أبو محمّد ابن أبي زيد** رحمه اللّه على ما نبّهناك عليه من سبب الخلاف في شراء ثياب أمثال الثّياب المبيعة أوْ لاَ يجرى حكم من باع قمحاً سمراء ثمّ اشترى قمحاً محمولة، هل يجوز ذلك لمّا علم أنّ القمح الثّاني ليس هو عين الأوّل أو أن يمنع؟ وإن كان الّذي اشتراه محمولة أو شعيراً، يكون ما اشترى وما

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب: يقيل.

باع بعدُ نوعاً واحداً لتقارب الأغراض فيه، ولو اشترى مثل القمح الأوّل قبل أن يغيب مشتري القمح عليه، فإنّ بعض الأشياخ أجاز ذلك لما تيقّنا أنّ القمح المشترى ليس هو عين الأوّل، بخلاف شراء ما شكّ فيه لأجل الغيبة، هل هو الأوّل أم غيره؟ وتردّد فيه الشيخ **أبو إسحاق** لمّا كان ما اشتراه سمراء والّذي باعه سمراء. فكأنّه ارتجع طعامه بعينه. وهو إذا ارتجعه بعينه، تطرّقت إليه التّهمة. والّذي نبّهناك عليه من التّعليل للخلاف يشير إلى حكم هذا الوجه وسبب تردّد الشيخ **أبي إسحاق** فيه.

فصـــل

في بياعات الآجال من جهة الوكالة

اعلم أنّا قرّرنا الوجوه المحرّمة وذكرنا منع البيعة الثّانية/ إذا تطرّقت من أجلها التّهمة إلى العقد الأوّل. وهذا إذا باع سلعة هي له ثمّ اشتراها لنفسه، فإن أراد أن يشتريها لغيره، فهل يجري ذلك مجرى شرائها لنفسه أم لا؟ ذكر في **المدوّنة** أنّه لا ينبغي لمن باع ثوباً بمائة دينار إلى أجل أن يشتري الثّوب لمن ولاّه على شرائه أو لابنه الصغير بثمن أقلّ من الّذي باع به البيعة لنفسه[1]. كما لا يجوز له شراؤها بذلك لنفسه. وكذلك لو وكّله مشتريها منه على بيعها، فذكر أنّه باعها بأقلّ من الثّمن الأوّل. وهذا مبالغة في حماية الذّريعة وهو كتهمة مبنيّة على تهمة، لأنّ المحرّمات قد عددناها والوقوع فيها من عدد وسائط لا شك في منعها. وإذا خيف أن يوقَع فيها بوسائط خميت تلك الوسائط على حسب ما تقدّم بيانه. فإذا اشترى ما باعه بمائة دينار إلى شهر بخمسين ديناراً نقداً، اتّهم على التحيّل على سلف بزيادة. وإذا زعم أنّه اشتراه شراء وكالة، اتّهم أيضاً على أنّه لم يصدق في زعمه أنّه وكيل، وإنّما تحيّل، بإظهاره الوكالة، على الشّراء لنفسه. ولكن هذا وإن وقع لم يفسخ بخلاف شرائه لنفسه، لأنّ شراءه لنفسه تهمة مبنيّة على محرّم، وهذه تهمة مبنيّة على تهمة بنيت التّهمة الأولى على محرّم، فضعفت مرتبة[2] الأخيرة، فلم تبلغ إلى فسخ العقد لأجلها. وكذلك أيضاً لو اشترى سلعة باعها عبده بثمن إلى أجل، أو اشترى عبده سِلعة باعها

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إسقاطها.

(2) في نسخة المدينة: مزيّة.

سيّده بثمن إلى أجل، فإنّ العبد إن كان يتّجر بمال سيّده فحكم شرائه أو شراء ما باعه سيّده حكم ما باعه سيده ثمّ اشتراه لنفسه لمّا كان ما في يديه مال لسيّده، وهو كالوكيل عليه. / وأمّا إن كان ما في يد العبد لنفسه فأجازه في **المدوّنة** ولم يجزه **أشهب**. فكأنّ **أشهب** رأى أنّ قدرة السيّد على انتزاع ما في يد عبده يصير ما في يد العبد كأنّه من جملة مال السيّد الّذي في يديه، وكأنّه هو البائع والمشتري. ورأى **ابن القاسم** أنّ قدرته على أن ينتزع وعلى أن يردّ هذا المال إلى ملكه، لا يصيّر المال ملكاً له قبل الانتزاع، لا سيما/ على أصلنا في قولنا: إنّ العبد مالك، ولهذا أبيح له التسرّي في ماله.

وكذلك ما باعه العامل لمال القراض فيه اختلاف: هل يجوز لربّ المال أن يشتري ما باعه العامل بثمن إلى أجل بثمن أقلّ منه؟ فمن لم يجز ذلك رأى أنّ المال لمّا كان باقياً على ملكه، فكأنّه باع لنفسه واشترى لنفسه. ومن أجاز ذلك رأى أنّه ممنوع من هذا المال لحقّ العامل فيه، فلا يمكن[1] انتزاعه من يديه إلاّ إذا استوفى العامل عمله فيه.

وإذا وضح أنّ هذا كلّه مبنيّ على تهم بنيت على تهم، وذكرنا ما يمنع منه وما يجب فسخه، فإنّ بعض أشياخي رأى أنّ شراء الأب ما باعه من هذا لابنه الصغير بثمن أقلّ ممّا باع به لا يمضي لقوّة التّهمة في ذلك، بخلاف شرائه لأجنبيّ وَكَّله. كما رأى **أشهب** أنّ بيعه بوكالة من اشترى منه بثمن إلى أجل فأتاه بأقلّ منه لا يمضي إذا وكّله مشتري السلعة منه على بيعها قبل قبضها، ورأى أنّ هذه الوكالة قبل مصير السلعة إلى يد مشتريها الّذي وكّل بائعها على بيعها تهمة قويّة في التحيّل على سلف بزيادة.

وممّا ينخرط في هذا السلك من أتى رجلاً فسأله: هل عنده سلعة، سمّاها له، يبيعها منه بثمن إلى أجل، فلم يجدها عنده؟ فلمّا مضى عنه اشتراها المسؤول عنها، ثمّ باعها من السّائل، فإنّ ذلك غير ممنوع إذا افترقا على غير

(1) في الوطنية: ولا يمكنه.

موعد بأن تباع من السائل. فإن افترقا على موعد، فإنّ ذلك مكروه، ولكنّه مع كراهته لا يفسخ فيه البيع لأجل مجرّد الوعد على الشّراء. وكذلك إن أضاف إلى الوعد بأن يشتريها منه الواعد[1] بأنّه يربحه فيها إذا اشتراها، فإنّ ذلك أيضاً وإن كره لا يوجب فسخ العقد. لكن إن افترقا على تسمية الرّبح وإيجابه، فإنّ المذهب ظاهره على قولين في هذا. وذكر[2] **مالك وابن القاسم في المستخرجة** فيمن قال لرجل: اشتر سلعة كذا بعشرة دنانير، وأنا أشتريها منك باثني عشر إلى أجل سماه، أنَّ ذلك ماض على ما التزماه. وذكر **ابن حبيب** في هذا أنّه لا يجوز لأنّه من بيع ما ليس عندك، ولكنّه عبّر عن هذا بأن قال له: اشترها بعشرة نقداً لنفسك وهي لي باثني عشر إلى أجل، أنّ ذلك بيع ما ليس عندك. وذكر فيها اختلافاً عن **ابن القاسم**. وإذا كان المراد بقوله: أنا أشتريها/ منك بربح الّذي سمّاه، هو المرادَ بقوله: وهو لي بكذا وكذا، كان الاختلاف واقعاً في العبارتين على حسب ما ذكرناه. ولو قال له: اشترها لي بعشرة تنقدها عنّي وهي لي باثني عشر إلى شهر، لكان فاسداً لأنّه كوكيل على الشّراء شرط عليه أن يسلفه بربح. لكن لو قال له: اشترها بعشرة نقداً وهي لي باثني عشر نقداً، فإنّ ذلك أجازه في **المدوّنة** وقدّر أنّ الدّرهمين جُعْل على «تولّيهِ الشّراء»[3]. ولو قال له في هذا: وأنا أشتريها منك باثني عشر إلى شهر، للزمت للآمر العشرة، وجُعل المِثلِ لَمَّا تصوّر ها هنا في تأخير الرّبح كونه عوضاً عن السلف.

---

(1) في نسخة المدينة: الموعود.
(2) في نسخة المدينة: فذكر.
(3) في الوطنية: وقدّر أن الدرهمين حصلا تولية للشراء.

فصـــل
في المعاوضة عن بعض العوض المؤجّل مع اشتراط تعجيل بعضه وتأخيره

اعلم أنّ مسئلة وقعت في **المدوّنة** بفرس بيع بعرض مؤجّل، ووقع بعدها مسئلة **لربيعة** مثّل بحمار بيع، فجرى على الألسنة في تعريفها ببرذون **ابن القاسم** وحمار **ربيعة**. فأمّا مسئلة البرذون، فإنّ صورتها أنّ رجلاً أسلم برذوناً في عشرة ثياب إلى أجل، ثمّ استرجع الفرس أو سلعةً غيرَه عوضاً عن خمسة ثياب على أن عجّلت له الخمسة ثياب الأخرى. فذكر في **المدوّنة** أنّ ذلك لا يجوز. واعتلّ بثلاث علل هي: البيع[1] والسلف، والوضيعة على تعجيل، والزّيادة لأجل حطّ الضّمان. ولكنّه قال: وتدخله المعاوضة على حطّ الضّمان دخولاً ضعيفاً. وينبغي أن تعدّ المعاوضة بالفرس أو غيره من السلع على الخمسة ثياب، لا يخلو أن تُقَرَّ[2] الخمسة الأخرى على أجلها أو يشترط تأخيرها/ عن أجلها أو يشترط تعجيلها قبل أجلها.

فأمّا إن اشترط مع هذه المعاوضة على[3] هذه الخمسة إقرار الخمسة على أجلها، فإنّه لا يمنع من ذلك لفقد هذه العلل الّتي علّل بها من بيع وسلف، لأنّ الخمسة إذا أقرّت على أجلها لم يتصوّر فيها سلف، وكأنّ الخمسة الأخرى بيعت على إفْرادها[4] بما يجوز أن يكون ثمناً لها، وهو الفرس أو غيره من

(1) (البيع) ساقط في الوطنية.
(2) في الوطنية: إن أبقى.
(3) في نسخة المدينة: عن.
(4) في الوطنية: انفرادها.

السلع، فلم يمنع ذلك، كما لو باع جملة الثّياب كلّها بالفرس أو غيره من السلع الّتي يجوز أن تؤخذ عن هذه الثّياب، كما تقدّم بيانه في كتاب السلم. وأمّا إن أخّر الخمسة ثياب الّتي لم يعاوض منها إلى أجل أبعد من أجلها، فإنّ ذلك ممنوع، لأنّ التّأخير للخمسة ثياب بعد حلولها سلف من مؤخِّرها. ومن له دين وأخّره، فإنّ تأخيره سلف وكابتداء تعمير ذمّة بدين هي خالية منه. فإذا تحقّق في التأخير السلف وقارن ذلك المعاوضةَ عن الخمسة الأخرى تصوّر فيه البيع مع السلف/ ، فوجب المنع. وأمّا إن اشترط تعجيل الخمسة ثياب، فإنّ في **المدوّنة** لابن **القاسم** المنع منه، وهو المشهور من أصل مذهب **مالك** وأصحابه. وذكر **ابن المواز** عن **ابن القاسم** الجواز، فقال فيمن أسلم ذهبا في عبدين، ثمّ أخذ عبداً مثل أحد العبدين المسلم فيهما وعرضا معه: إنّ ذلك جائز. مع كون أحد العبدين لمّا عُجِّل وعوِّض عن العبد الآخر بالعرض المدفوع مع العبد تصوّر فيه البيع والسلف.

وسبب الاختلاف في هذا دون ما تقدّم من القسمين الأخيرين أنّ الذّمّة مشغولة بالعشرة ثياب، ولكن لا يستحقّ قبضها إلاّ عند حلول الأجل. فمن رأى أنّ ما في الذّمم من الدّيون الآجلة كالدّيّون الحالة[1] لم يقدّر ها هنا سلفاً عجّله من عليه الثّياب لمن أسلم إليه على جهة السلف منه له ليقبضه من نفسه إذا حلّ الأجل، واستحقّ من عجل له الثّياب قبض الخمسة لمّا حلّ الأجل. ومن رأى أنّ الدّين المؤجّل لا يقدّر أنّه كالحال، فإنّ التّعجيل سلف يؤخذ قضاؤه إذا حلّ الأجل، ويسقط عن ذمّة المسلم إليه إذا حلّ الأجل، أنّه كوكيلٍ أجنبيٍّ وكّله المتسلّف للخمسة ثياب على قبضها ودفعها عنه لمن له عليه مثلها.

وقد اعتمد حذّاق الأشياخ على صحّة التّعليل بتقدير البيع والسلف كما صوّرناهُ لَكَ[2]. واستضعف ذلك بعض أشياخي ومال إلى ما في كتاب **ابن الموّاز**، فلم يقدّر ذلك سلفاً كما قدّره في **المدوّنة**، إذ لو قدّر سلفاً لوجب أن لا

(1) في الوطنية: كالدين الحال.

(2) في الوطنية: كما صورنا ذلك.

يكون المسلم إليه أحقّ بالثّياب الّتي بقيت عليه من غرماء المسلم[1]، لكون ما في ذمّته كأنّه باق على من عجّلت له الثّياب حتّى يحلّ الأجل، فيقضي ذلك عنه. وهذا الّذي اعتلّ به بعض أشياخي غير لازم، لأنّه لمّا عجّل هذه الثياب على جهة السلف الحال بها على نفسه واستحقّ بها ما في ذمّته، وهو حائز لما في ذمّته، فكان أحقّ بذلك من الغرماء، كما يكون أحد الغرماء أحقّ بما أحيل عليه أو قبضه رهناً. وهذا التّعليل بوضع[2] لأجل التّعجيل أو زيادة لأجل إسقاط الضّمان. فإنّ الشّيخ أبا **إسحاق** استضعف هذا وقدح فيه بأنّ المعاوضة بالفرس أو سلعة غير الفرس عن جملة العشرة ثياب لو وقعت قبل الأجل، لم يمنع ولم يعتبر أحد من أهل المذهب كون السلعة أو الفرس دون قيمة العشرة ثياب أو أكثر من قيمتها، فكذلك لا تعتبر القيمة في المعاوضة عن الخمسة ثياب، إذ لا فرق بين المعاوضة، عن كلّ الدّين أو عن بعضه. واستشهد على هذا بأنّ **مالكاً** رضي الله تعالى عنه لمّا سئل عمّن له ثياب، فأراد أن يضع من عددها بشرط تعجيل البقيّة. قال: أنا أدلّك على ما هو خير، خذ بها عرضاً. فأشار ها هنا إلى أنّ أخذ/ العرض عن جملة الدّين لا يمنع وإن قصد به المسامحة لأجل التّعجيل. وهذه الرّواية الّتي اعتمد عليها الشّيخ/ **أبو الحسن**[3]. وقد وقع **لمالك** أيضاً مثلها، فقال فيمن له عشرة دنانير مؤجّلة فأراد الاستعجال بحطيطة منها فعدلاً عن ذلك، لمّا لم يجز، إلى أخذ عرض أنّه لا بأس به، لأنّهما أخطئا في القول وأصابا في الفعل. وأنكر بعض الأشياخ هذا الّذي أشار إليه **أبو إسحاق** لأجل أنّ الدّين كلّه قد بيع جميعه بعرض، ولم يتعجّل بشيء من جنس الدّين فتتصوّر فيه مسامحة لأجل التّعجيل أو زيادة لأجل سقوط الضّمان، وها هنا قد عجّل بعض الدّين (ولم يكن تعجيله لأنّ ما قارن ذلك معاوضة، صحّ

(1) في نسخة المدينة: من غير ما أسلم إليه.
(2) في النسختين: يوضع.
(3) هكذا في النسختين، والنص يقتضي: (أبو إسحاق).

اعتبار قيمة المعاوضة لأجل ما قارنها من تعجيل بعض الدّين)[1] حساً ومشاهدة. فإذا تقرّر ما يمنع من هذا وما لا يمنع بخلاف فيه أو اتّفاق في الحكم أو التّعليل، فإنّه إن وقع هذا على وجه ممنوع منه فإنّه يجب فسخه وإمضاء السلم على ما كان عليه في العقد الأوّل، فيردّ الفَرس أو السلعة إلى دافع ذلك، وتردّ الثّياب أيضاً إلى دافعها حتّى تنقض المعاملة الثّانية بجملتها. فإن فاتت الثّياب أو فات الفرس، ردّ قيمة ذلك. فإن قيل: فإنّ الثّياب الخمسة إذا عجّلت كانت سلفاً فاسداً، والسلف الصحيح إنّما يَرُدُّ مع فوات عينه مثلَه، فهكذا ينبغي أن يكون الفاسدُ. قيل: لمّا وجب ردّ هذا السلف إذا كانت عينه قائمة، صار من أتلفه كأنّه أتلف[2] ثوباً هو على ملك غيره، فيكون على المتلِف ردّ مثله. وسنبسط هذا إذا تكلّمنا على القرض الفاسد المذكور في كتاب بيوع الآجال.

والّذي مضى عليه أكثر الأشياخ أنّ القيمة تردّ إذا وقع الفوت بالغة ما بلغت وأنّ المعاملة الثّانية تفسخ على كلّ حال. لكن بعض أشياخي مال إلى أنّ[3] من قبض هذه الخمسة ثياب على جهة السلف ليقبضها من نفسه مسلفها إذا حلّ الأجل، يخيّر بين ردّ هذه الخمسة ثياب ليصحّ البيع والمعاملة في الفرس، كما يصحّ البيع المشترط فيه السلف إذا سقط السلف، أو يمتنع من إسقاط حقّه في هذا السلف، وتفسخ المعاملة الثّانية على كلّ حال. ولم يتعرّض في القيمة إلى ما حيكناه عن غيره. وقد كنّا قدّمنا نحن الإشارة إلى العذر عن هذا في مسئلة من باع عبدين بمائة دينار إلى شهر ثمّ استردّ أحدهما ببعض الثّمن نقداً. وإذ لم يُشْعَر بما فعلاه من الفساد حتّى حلّ الأجل، فإنّ الخمسة ثياب المقبوضة يُتَمسك بها ويطلب الخمسة الباقية في الذّمّة إذ لا فائدة في إعادتها إلى دافعها/ وأخذها منه في الحال بحكم ما وجب عليه من قضاء ما عليه من سلم. لكن لو كان على المسلم غرماء، لم يستحقّ هذه الخمسة ثياب دونهم، لأجل كونه

(1) ما بين القوسين ساقط من و.

(2) في نسخة المدينة: صار من أسلفه كأنه أسلف.

(3) في نسخة المدينة: رأى أن.

قابضاً لها، لأنّه قبضها قبضاً فاسداً قضاء عن مَالَهُ في الذمّة من/ مثلها، وأنّ الواجب ردّها إذا لم يحلّ الأجل، فإذا حلّ وقد شاركه غرماء في الطلب، وجب أن يحاصّهم في ذلك، على ما سنبسط في كتاب التّفليس إن شاء الله تعالى.

وأمّا المسئلة المعروفة بحمار ربيعة، فإنّ صورتها مثل صورة الفرس الّتي فرغنا من الكلام عليها. وذلك أنّه ذكر ربيعة فيمن باع حماراً بعشرة دنانير إلى سنة ثمّ استقال المبتاع البائع على أنْ ردّ الحمار وزاده ديناراً، أنّ ذلك كلّه لا يجوز. وإذا تدبّرت ما قدّمناه من التّعليل في مسئلة الفرس وجدت البيع والسلف يتصوّر في مسئلة الحمار كما يتصوّر في مسئلة الفرس، لأنّ محصول مسئلة الفرس أنّه أسلم فرساً في عشرة ثياب إلى أجل، وأخذ الفرس عوضاً عن بعض الثّياب المسلم فيها وعجّل له بقيّتها. وكذلك ها هنا أخذ الحمار عن بعض ثمنه وهي العشرة دنانير وعجّل له بقيّة العشرة، ولا فرق بين أن يكون ثمن الدّابة، فرساً كان أو حماراً، عرضاً أو عيناً، لأنّ المعجّل من هذين هو السلف، وما سقط من الذّمّة عوضاً عن الدّابّة المرتجعة هو البيع. ويتصوّر في هذا من التقّسيم الوفاقي والخلافي ما صوّرناه في مسئلة الفرس. فإنْ ردّ الحمار انتقض الثّمن وأبقى بقيّته إلى أجله، جاز ذلك. وإن أخّر بقيّة الثّمن إلى أبعد من أجله، كان بيعاً وسلفاً. وإن عجّل بعض الثّمن جرى على القولين المتقدّمين، هل يكون التّعجيل سلفاً قارنه بيع فيمتنع؟ أو لا يعدّ سلفاً لكون القصد براءة الذمة وفراغها، فيجوز على ما تقدّم بيانه؟ وكذلك يتصوّر في مسئلة الحمار ما يتصوّر في مسئلة الفرس من وضع بعض الحقّ على تعجيل بقيّته، لأنّ الحمار قد يكون يأخذه بائعه بأقلّ من قيمته، فيكون ما وضع من ثمنه عوضاً لما عجّل له من بقيّة الثّمن. وأمّا ما تقدّم في مسئلة الفرس من التّعليل الثّالث وهو الزّيادة على حطيطة الضّمان، فلا تتصوّر ها هنا لكون الثّمن في مسئلة الحمار دنانير، ومن عليه دنانير له أن يعجّلها قبل أجلها، وإن كره من استحقّها عليه، فإن كان له ذلك، فلا يحتاج إلى أن يرغب إلى مستحقّ الدّنانير في قبولها منه معجّلة، فيأبى عليه فيزيده شيئاً ليقبل التّعجيل منه، والثّياب لا يجبر مستحقّها على قبولها إذا

عجّلت له قبل أجلها، فيتصوّر فيها أن يزيده شيئاً ليقبل منه الثّياب الّتي لم يكن يلزمه قبولها. فقد صارت مسئلة الحمار ومسئلة الفرس يجريان مجرى واحداً في التّقسيم والتّعليل، سوى أنّهما يفترقان في تصوّر المعاوضة على حطّ الضّمان كما بيّناه. فإذا تقرّر هذا ووقعت هذه الإقالة، فإنّ ذلك يفسخ، ويردّ الحمار والدّينار الّذي أخذ معه إلى يد المشتري، وتبقى العشرة دنانير في ذمّة المشتري إلى أجلها. فإن فات الحمار، فاضطرب الأشياخ في الواجب فيه على طريقتين: هل يجري في ذلك من الخلاف ما جرى/ في بياعات الآجال إذا فاتت، على حسب ما كنّا ذكرنا من مذاهب أصحابنا في ذلك أم لا؟ فمنهم من صار إلى أنّ ذلك يجري مجرى بياعات الآجال. واختار بعضهم فسخ البيعتين جميعاً الأولى وهي بيعه بعشرة دنانير إلى سنَة، فيفسخ بأن يسقط عن الذّمّة الثّمن الّذي هو العشرة دنانير إلى سنة، وتفسخ الثّانية بأن يكون الحمار الّذي فات من يد بائعه أوّلاً مصيبته منه لمّا وجب ردّه عليه بفسخ البيعة/ الأولى، ويردّ ما أخذ من الذّهب لمّا ارتجع الحمار، وهي الرّواية المشهورة. أو يعتبر في هذا بفسخ[1] ما كنّا قدّمناه من كون قيمة السلعة إن كانت أقلّ ممّا يأخذه البائع إذا حلّ الأجل فسخ البيعتان[2] جميعاً لئلاّ يكونا قد مكّنا من دفع دنانير في أكثر منها. وإن كانت القيمة مثل ما يأخذ إذا حلّ الأجل أو أكثر منه، لم تفسخ البيعة الأولى، كما قدّمناه من مذهب ابن كنانة وسحنون.

ومنهم من أنكر إجراء هذه المسئلة على ما وقع من الخلاف في الآجال، وفرّق بين هذه وتلك بأنّ ما كنّا حكينا فيه الخلاف في بياعات الآجال إنّما يتصوّر الفساد إذا ربطنا البيعة الثّانية بالبيعة الأولى، وقرّرنا أنّ من باع ثوباً بمائة دينار إلى أجل شهر ثمّ اشتراه بخمسين نقداً، أنّ قصدهما كونُ الثّوب محلِّلاً، وأنّ المائة إنّما ثبتت في الذّمّة إلى شهر عوضاً عن الخمسين الّتي دفعت نقداً،

---

(1) هكذا في النسختين، والأقرب: (بنفس).

(2) هكذا في النسختين.

ولم تكن عوضاً عن المائة الّتي أظهر أنّها ثمن الثوب، فألغينا[1]. ولا يتصوّر إلاّ بربط البيعة الثّانية بالأولى، وتقدير كون البيعة الأولى كالواقعة بشرط وقوع الثّانية. ومسئلة الحمار بعكس هذا يتصوّر الفساد فيها في المعاملة الثّانية دون أن تربط إلى بيعة قبلها. وإن كانت العشرة دنانير سلفاً لا ثمن المبيع، يتصوّر فيها البيع والسلف إذا أخذ ببعضها سلعة وعجّل بعضها. وأيضاً فإنّه إنّما يتصوّر الفساد في مسئلة الحمار بشرط أن نقدّر البيعة الأولى صحيحة حتّى يكون الفساد من جهة تعجيل ثمن قد استقرّ في الذّمّة مؤجّلاً استقراراً صحيحاً جائزاً. فشتّان ما بين ما يجب أن يربط بما قبله وبين ما يتصوّر فيه الفساد من غير ربط. وكون الفساد إنّما تصوّر مع تقديره في البيعة الأولى وبين ما لا يتصوّر الفساد فيه إلاّ بتقدير صحّة البيعة الأولى. فهي الطّريقة الّتي ذكرناها عن الأشياخ. وهؤلاء أصحاب هذه الطّريقة مختلفون أيضاً مع اتّفاقهم على منع إجراء هذه المسئلة على حكم بياعات الآجال. فمنهم من ذهب إلى أنّ الواجب في الحمار إذا فات ردّ قيمته بالغة ما بلغت، كالقيم في البيوع الفاسدة، وقصر الفسخ على المعاملة الثّانية. ومنهم من أجراها مجرى البيع والسلف، فاعتبر في القيمة الأثرين على الثّمن والسلف،/ أو ينقص عن الثّمن خاصة، أجرى هذه المسئلة على حكم البيع إذا اشترط فيه السلف.

وقد كنّا نحن قدّمنا اعتذار بعض أشياخي عن هذا بأنّ البيع والسلف ها هنا إنّما هو مقدّر لا مشترط، والمتعاقدان ينكران أن يكونا أراداه أو عقدا عليه، فيؤخذان في أحكام القيم بموجب ما يقولان: إنّا عقدنا عليه. (وذكر هذا الّذي إلى اعتبار الأقلّ والأكثر)[2] في هذه القيمة أنّ الثّمن إذا كان عرضاً أو ديناً، لم يعتبر فيه، إذا قارنه السلف، الأقلُّ والأكثرُ. لكن لمّا كان الثّمن في مسئلة الحمار دنانير، ومن حقّ من عليه دنانير مؤجّلة أن يعجّلها قبل أجلها، فإنّ ذلك كالثّمن العين الحال. وذكر أيضاً أنّه إذا اعتبر ها هنا الأقلّ والأكثر، فإنّ الثّمن

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فألغيتا.
(2) هكذا في النسختين، ولعل في الكلام تحريفاً.

الّذي يُسنَد هذا الاعتبار هو العشرة دنانير كلّها لاعترافهما أنّها جملة الثّمن فيؤخذان باعترافهما، ولا يجعل الثّمن تسعة كما قرّرنا ذلك لمّا علّلنا البيع بمنع البيع والسلف، لأجل أنّا إنّما قرّرنا ثمن الحمار تسعة ليصحّ كون الدّينار سلفاً احتياطاً لحقّ الباري سبحانه. فهو من ناحية الاحتياط لحقّ الله سبحانه لكون الثّمن تسعة، ومن ناحية حقّهما في زيادة القيم أو نقصانها لكون الثّمن عشرة على حسب ما يقولان: إذا[1] تعاقدنا عليه.

وقد ذكر **مالك** تعليلاً آخر للمنع خارجاً عمّا كنّا قدّمناه. وذلك أنّه قال: هذا/ بيع ذهب وسلعة بسلعة وذهب نسيئة. وكأنّه رأى أنّ مشتري الحمار باعه وديناراً معه بعشرة دنانير نسيئة، وهذا ممنوع. وهذه العلّة توجب اعتبار القيمة مطلقة من غير تقييد كالحكم في مسائل الرّبا. فإذا تقرّر هذا، فلنفرّع عليه أنواع ما يزيده المشتري والبائع. وقد ذكرنا حكم زيادة دينار في جملة الثّمن، وما قيل فيه من التّعليل.

فإن كانت الزّيادة الّتي زادها المشتري ورِقاً، فإنّ ذلك لا يجوز في المشهور من المذهب، لأنّ صرف ما في الذّمّة من دنانير مؤجّلة ممنوع، لأنّا نقدّر أنّ الدّنانير المبيعة بالدّراهم إذا لم يحلّ أجلها، فكأنّه إنّما عجّل دنانير ليست هي الّتي عليه، وإنّما عجّلها سلفاً ليقبضها من نفسه إذا حلّ الأجل، فالمصارفة على هذا إنّما وقعت عن دنانير لم يجب قبضها الآن، وإنّما تجب إلى أجل. وقد كنّا قدّمنا ذكر الخلاف في هذا، وأنّ من أجاز صرف ما في الذّمّة من الدّنانير المؤجّلة، فإنّه قدّر المؤجّل منها كالحالّ، وأنّ القصد بالتّعجيل براءةٌ لا السلف الّذي يقبض من نفسه إذا حلّ الأجل، وأشرنا ها هنا أيضاً في أحد تعاليل هذه المسئلة إلى هذه الطّريقة. لكن لو كان المعجّل ها هنا الدّرهم والدّرهمان، لاعتبر في ذلك خلاف آخر قدّمنا ذكره في كتاب الصرف، وهو بيع سلعة معها درهم أو درهمان بدينار إلى/ أجل. وأمّا إن زاد المشتري عرضاً، فإن ذلك

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إنّا.

سائغ، أيّ صنف كان العرض، ويقدّر أنّ بائع الحمار اشتراه بالدّين الّذي له على المشتري وهو العشرة دنانير، واشترى معه العرض الّذي زاده المشتري. هذا إذا كانت زيادة المشتري ينقدها، فأمّا إن كانت مؤجّلة، فإنّا قدّمنا زيادة دينار واحد مؤجّلاً وأنّه يتصوّر فيه البيع والسلف.

وإن كانت الزّيادة المؤجّلة ورقاً أو عرضاً، لم يجز ذلك لكونه فسخ دين في دين لما يتصوّر فيه من أنّه أخذ الحمار ببعض العشرة دنانير وأخذ عن الباقي منها دراهم أو عرضاً مضموناً إلى أجل، فيكون ذلك فسخاً لدين في دين. وينضاف إلى هذا في الورق صرف مستأخر، هذا حكم زيادة المشتري.

فأمّا زيادة البائع فتجوز على الإطلاق إلاّ وجهاً واحداً، وهو أن يزيد البائع من صنف الحمار الّذي باعه زيادة مضمونة إلى أجل. لأنّه يقدّر أنّه ارتجع حماره بالعشرة دنانير الّتي له على المشتري وبما زاده من عوض[1] منقودٍ أو مؤجّل أو دنانير أو دراهم، وشراؤه حماراً بدين له باعه منه وبزيادة دنانير أو دراهم أو عرض منقودٍ أو مؤجّل لا مانع يمنع من ذلك. لكن إذا زاده حماراً من صنف ما باعه منه مؤجّلاً، صار كأنّه أسلفه حماراً، وهو المرتجع منه، على أن يقبضه إيّاه إلى أجل ويحطّ عنه ما له عليه من دين، فصار كمسلف حمار ليأخذ مثله إلى أجل يشترط أن يسقط عنه دين وهو العشرة دنانير لأجل السلف، وهذا سلف جرّ منفعة وهو ممنوع. هذا حكم الزّيادة مع كون الثّمن مؤجّلاً.

وأمّا إن بيع الحمار بعشرة دنانير على النّقد، فإنّ **ربيعة** ذكرأنّه إن استقال المبتاع البائع على أن يزيده ديناراً مؤجّلاً، فإنّ ذلك مكروه أيضاً. وأنت إذا تأمّلت ما ذكرنا من تفريع المسئلة الأولى، وهي بيع الحمار بثمن مؤجّل، صرفت علل المسئلة وعلل فروعها في هذا الوجه الآخر الّذي ذكره **ربيعة**. وذلك أنّه يتصوّر ها هنا أيضاً فيه أنّه أخذ منه الحمار بتسعة دنانير ممّا له عليه على أن يؤخّره بالدّينار العاشر/ الّذي وجب عليه أن ينقده البائع، وهذا يتقرّر فيه البيع

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عرض.

والسلف على حسب ما قدّمناه في المسئلة الأولى. لكنّ الشيخ **أبا محمّد ابن أبي زيد** نبّه على ما قد يتعقّب في هذه المسئلة دون الّتي قبلها. فقال: هذه البيعة الّتي وقعت على النّقد ينبغي ألاّ يتّهم فيها إلاّ أهل العينة، كما قيل في بياعات النّقود. لكن هذا الاعتراض ساقط لأنّ هذه البيعة الثّانية يتصوّر فيها البيع والسلف من تلقاء نفسها من غير إسنادها إلى البيعة الأولى. وإنّما يتصوّر فيها الوجه الممنوع وهو البيع والسلف، بشرط أن تكون البيعة الأولى صحيحة ثابتة/ تكون العشرة دنانير ثابتة في الذّمّة، فأخّر منها ديناراً يجب أن يقدّمه. وما كنّا أفضنا في ذكره في بياعات الآجال الممنوعة للوجوه المتقدّمة، فإنّما يتصوّر الفساد فيها إذا أسندت البيعة الثّانية إلى البيعة الأولى حتّى يسري الفساد إلى الأولى كما يسري في الثّانية كما تقدّم بيانه ومثاله. فشتّان ما بين فساد يتصوّر في المسئلة من قِبَل نفسها من غير افتقار إلى إسنادها إلى بيعة تقدمتها وبين ما لا يتصوّر فساده إلاّ بأن يُبنَى على بيعة تقدمته يسري إليها الفساد أيضاً. وقد كنّا قدّمنا نحن في أوّل هذا الكتاب هذا الفرق في مسئلة أخرى، وذكرنا مناقضة **ابن الموّاز لابن القاسم** في سؤال ينخرط في هذا السلك. وجوابَ الشَّيخ أبي محمّد بن أبي زيد وغيره عنه. وقد قيّد الشيخ **أبو محمّد بن أبي زيد** هذا النّقد عن **ربيعة** بأنّ المشتري لم ينقد العشرة دنانير. وتابعه على هذا بعض الأشياخ، فقال: يجوز للمشتري إذا نقد أن يزيد لأنّها بيعة ثانية لمّا نقد ثمن الأولى. فأشار إلى إباحة الزّيادة مطلقة.

وأنكر هذا التّقييد بعض المتأخّرين، وقال: قد يتصوّر البيع والسلف وإن[1] نقد/ المشتري لأنّه يقدّر فيه أنّه اشترى الحمار بتسعة من الدّنانير الّتي نقدها على أن أسلفه قابضها الدّينار العاشر ليأخذ منه إلى أجل. فإذا وضح أيضاً ما نصّ عليه **ربيعة** من هذا الفرع الواحد الّذي ذكره في بيعة النّقد، فلنفرّع عليه أيضاً كما فرّعنا في السؤال الّذي قبله.

---

(1) في نسخة المدينة: قد.

واعلم أنّ الشريعة تمنع ها هنا أن يزيد دراهم أو عرضاً إلى أجل، لأنّه ردّ الحمار ببعض ما وجب عليه أن ينقده، وبقيت العشرة دنانير الّتي كان وجب عليه نقدها فسخت في دارهم أو عرض إلى أجل. وأمّا إذا زاد ديناراً وهو من سكّة الثّمن الّذي اشترى به نقداً، فإنّ ذلك جائز، لأنّه قضى بعض ما عليه من العشرة، ودفع عن بقيّتها حماراً. وأمّا إن كان الدّينار الّذي زاد غير سكّة الثّمن، لم يجز ذلك، لأنّه قضى ما عليه من العشرة دنانير حماراً وديناراً من غير سكّة الثّمن الّذي في ذمّته لم ينقده. وإن زاد دراهم، فإنّ ذلك يجري على الاختلاف في البيع والصرف، لأنّه دفع الحمار عن بعض ما عليه من العشرة دنانير دراهم وذلك صرف. فيجوز منه عند **ابن القاسم** ما تقاصر عن مقدار الدّينار، ويجوز عند **أشهب** على الإطلاق.

وأمّا لو كانت الزّيادة من البائع، لكان الحكم فيها كحكم ما قدّمناه من زيادة في بيعة النّسيئة، فيجوز له أن يزيد ما شاء نقداً أو مؤجّلاً، إلاّ أن يزيده من صنف الحمار الّذي ارتجع، فيكون ذلك سلفاً، فيتصوّر فيه ما بيّناه في المسئلة الّتي قبل هذا.

وممّا يلحق بمانحن فيه، وذكره في المدوّنة فيمن باع عبده بعشرة دنانير على أن يبيع منه الآخر عبده بعشرة دنانير، أنّ ذلك/ إن كان على جهة/ المقاصّة العشرة بالعشرة، جاز ذلك، لأنّ المعتبر بالأفعال الّتي حصل عليها المتبايعان لا بالألفاظ الّتي تحسن أو لا تحسن. والّذي حصل عليه ها هنا المتبايعان بيع عبد بعبد، ومقابلته الدّنانير بالدّنانير لا محصول له إذا لم يخرج مضمون ذلك إلى الفعل. فلو وقع العقد على أن يخرج هذا العشرة مع العبد وهذا العشرة مع العبد، لكان ذلك ممنوعاً، لأنّ[1] حصل من فعلهما أنّ أحدهما دفع عبداً وعشرة دنانير في عبد وعشرة دنانير، وقد تقدّم وجه المنع من هذا. ولا خفاء في أنّ هذين المتبايعين إن شرطا ألاّ يخرج واحد منهما الدّنانير، فإنّ ذلك لا يجوز.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لأنه.

وإن لم يذكر إخراجاً للدّنانير ولا مقاصّة لها، فإنّ ذلك محمول على الوجه الجائز وهو وجوب المقاصّة. وإنّما كان ذلك كذلك ولم يحمل هذا العقد على المعنى الآخر الّذي هو الفساد لأجل أنّ الأصل فيمن له على رجل دين، وللآخر مثله أنّه لا يكلّف واحد منهما إخراج ما عليه، بل الواجب المقاصّة والمحاسبة بما لكلّ واحد على الآخر، ما لم يمنع من اتّباع هذا الأصل مانع. والمانع ها هنا اختلاف السكك أو اختلاف الآجال. ولو وقع بيع هذا عبده بعشرة دنانير من سكّة منعوتة على أن يبيع له الآخر عبده بعشرة دنانير من سكّة أخرى، لحمل هذا على الفساد، لأنّ الّذي يستحقّه أحدهما على الآخر من هذه الدّنانير خلاف ما يستحقّه صاحبه عليه. وإذا اختلفت السكك، لم تجب المقاصّة إلاّ بالتّراضي، فإذا لم يصرّحا بالتّراضي على ذلك، بقيا على مقتضى الأصل. وهكذا الحكم إذا اختلفت الآجال مثل أن يبيع أحدهما عبده من رجل بعشرة دنانير إلى شهر على أن يبيعه الآخر عبده بعشرة دنانير إلى شهرين، فإنّ هذا فاسد، لأنّ المقاصّة لا تجب لكون أحد الدّينين يستحقّ على أحدهما قبلُ، فيلزمه إخراجه قبل أن يستحقّ على الآخر ما عليه لهذا من دين.

فصـــل

قال القاضي أبو محمّد عبد الوهاب رحمه الله: والدّين بالدّين ممنوع إذا كان من الطّرفين. والوضع على التّعجيل ممنوع، وهو أن يكون له عليه كُرّ[1] حنطة جيّدة إلى أجل سنة فيعطيه قبل الأجل دون صفته، فلا يجوز لأنّه وضع الصفة الّتي له ليتعجّل له القبض، وما كان خارجاً عن أصل الرّفق والمعروف، فلا يقاس عليه.

قال الفقيه الإمام رحمه الله: أمّا هذا الّذي ذكره من منع الدّين بالدّين، فقد تقدّم ذكره والتّنبيه عليه في أثناء فروع كثيرة تقدّمت في كتاب السلم. والأصل فيه ما روي عن النبيّ ﷺ: «**أنّه نهى عن الكاليء بالكاليء**»[2] والكاليء هو المؤخَّر. فكأنّه قال نهى عن بيع مؤخّر بمؤخّر. وقول القاضي أبي محمّد/ ها هنا: (من الطّرفين) تأكيد للبيان، وإلاّ إذا كان المراد بذكر الدّين ما يؤخّر كان مقنعاً قوله: الكالي بالكالي، لأنّ أحدهما إن كان منقوداً فلا يسمّى ديناً، وإن كان غير منقود وهو في الذّمّة، فإنّه يسمّى ديناً. ولكن يكون الدّين حالاً ومؤجّلاً، فإن كان حالاً فباعه ممّن هو عليه بجنس آخر مؤجّل، فهو فسخ الدّين في الدّين، وذلك من معنى ربا الجاهليّة الّذي حرّمه الله تعالى في كتابه على حسب ما تقدّم بياننا له من الاختلاف في تأويل الآية الّتي نزلت في ذلك. وقد كانت الجاهليّة[3] إمّا أن تقضي وإمّا أن تربى. فإذا حلّ أجل الدّين وهو في المثل عين، فإنّه إذا أخّره

---

(1) ساقطة في الوطنية.

(2) في حديث رواه الدارقطني في سننه: 319 ـ وأخرجه الحاكم 2:57، والبيهقي 5: 290 وهو ضعيف لوجود موسى بن عبيدة الربذي في سنده، إرواء الغليل: حديث 138: 5/220.

(3) هكذا في النسختين ولعله سقط لفظ: تقول.

بزيادة فيه فهذا يحرّم، لأنّ التّأخير للدّين بعد استحقاق قبضه كسلفه لمن هو عليه. والزّيادة في مقدارٍ عوضَ التّأخير هي زيادة عوض السلف، وقد علم تحريم سلف جرّ نفعاً. وإن فسخ ذلك في جنس آخر من دراهم أو عروض، فإنّ/ التّأخير لا يقع غالباً إلاّ وقد زاده في مقدار ما يعطيه بعد الأجل الثّاني على قيمة ما يعطيه له لو عاوضه عن دينه من غير تأخّر. وهذه الزّيادة في القيمة لأجل التّأخير كسلف جرّ نفعاً. وينضاف إلى هذا ـ إذا فَسَخَ ذلك في دراهم ـ عَقد الصرف على التّأخير، وهو ممنوع منه. وكذلك لو كان الدّين الّذي حلّ عروضاً فسخها في عروض أخرى إلى أجل، فإنّه/ يزيده في قيمة العروض الثّانية لأجل إنظاره له وتأخيره بدينه. ولو عاوضه عن دينه المؤجّل قبل أن يحلّ أجله بجنس آخر مؤجّل إلى مثل الأجل الأوّل، فإنّ هذا يمنع أيضاً لكونه فسخاً لدين في دين. وقد قال بعض أشياخي: ليس هذا التّحريم بمعلّل، لأنّا صوّرنا في فسخ الدّين الحال في جنس آخر مؤجّل إلى أنّه يزيده في مقدار الثّاني لأجل تأخيره الأوّل. وها هنا إذا كان الفسخ قبل حلول الأجل والعرض الثّاني إنّما يؤخذ عند الأجل الأوّل، فإنّه لم يستحقّ قبض شيء فيقدّر أنّه أخّره لأجل ما زاد في مقدار الثّاني. ولكن عندي أنّ هذا، وإن لم يتصوّر فيه هذا المعنى، فإنّه يتصوّر فيه بيع دين بدين، وقد ورد الحديث بالنّهي عنه. لكن قد يعرض في فسخ دين في دين ما يُشْكِل من ناحية كونه كالدّين أو كالمنقود، مثل أن يحلّ له دين فيأخذ عنه سكنى دار معَيَّنة إلى أجل معلوم أو ركوب دابّة معيّنة، فإنّ هذا يصحّ أنّه إذا أخذ فيه سكنى أو ركوباً مضموناً في الذّمّة، أنّ ذلك لا يجوز لكون المضمون من سكنى أو ركوب لا شكّ في تسميته ديناً.

وإن أخذ فيه سكنى دار معيّنة أو ركوب دابّة معيّنة، فها هنا عرض الإشكال: هل ذلك كالدّين لمّا كان ضمانُ هذه المنافع من صاحب الدّار والدّابّة وهي لم تقبض منه جملة واحدة فتلحق بأحكام الدّيون الّتي لا يجوز فسخ دين فيها كما قاله **ابن القاسم**؟ أو تلحق بالمعيّنات المقبوضة/ لمّا أسندت هذه المنافع إلى دار معيّنة ودابّة معيّنة؟ وقد علم أنّه لو أخذ الدّار أو الدّابّة عن دينه

الّذي حلّ وقبضها على أنّ ذلك جائز. فكذلك المنافع المسندة إليها والمأخوذة منها يقدّر أنّ قبض أوّلها كالقبض لآخرها، لمّا كان لا يتصوّر القبض في هذه المعاني ولا يُقدَر عليه إلاّ على هذه الصّورة.

وقد وقع في **الموّازيّة** فيمن استعمل غريمه عملاً قبل حلول أجل دينه بالدّين الّذي له عليه، أنّه لا خير في ذلك، لأنّه قد يمرض الأجير فيتأخّر العمل إلى ما بعد حلول الأجل. وحمل بعض أشياخي على المذهب أنّ هذا قول ثالث ليس بالإجازة على الإطلاق، كما ينسب **لأشهب**، ولا بالمنع مطلقاً كما ينسب لابن **القاسم** لأنّه إنّما علّل بجواز المرض المقتضي أخذ المنافع بعد حلول الأجل، فدلّ ذلك على أنّه إنّما يمنع ذلك إذا وقع فسخ الدّين في هذه المنافع عن دين قد حلّ، لكون ما عرض من الإشكال في كون هذه المنافع كالدّين أوْ لا، كما بيّناه، فيتصوّر فيها معنى ربا الجاهليّة: تقضي أو تربي. فإذا كان ذلك قبل الأجل، فلا يتصوّر فيه معنى ربا الجاهليّة كما قدّمناه عن بعض أشياخنا أنّه يرى فسخ دين في دين قبل حلول الأجل شرعاً غير معلّل. وقد نصّ[1] بعض المتأخّرين طريقةَ **أشهب** في الجواز بأن قال: اتّفق على جواز اكتراء هذه المنافع بدين في ذمّة المكتري ولم يقدّر ذلك ديناً بدين فيمنع./ فهذا يقتضي صحّة ما ذهب إليه **أشهب** من كون هذه المنافع لا تعدّ ديناً. وأشار بعضهم إلى التّفرقة بين هذين، لأنّ عقد دينين في ذمّتين كانتا خاليتين من الدّين أخفّ من فسخ دين عمرت الذّمّة به/ في دين آخر. ألا ترى أنّا لا نسامح بتأخير عوضٍ أُخذ عن دين في الذّمّة يوماً واحداً، ويسامح في جواز اشتراط تأخير رأس المال في السلم اليوم واليومين، لأنّ ما على المسلم والمسلم إليه وقع العقد عليه، والذّمّتان خاليتان منه. وقد أشار الشيخ **أبو إسحاق** إلى أنّ في **كتاب ابن الموّاز** ما قد يتناول منه منع شراء هذه المنافع بدين يكون لمشتريها على رجل آخر، فاختلف فيه أيضاً هل يجوز أو يمنع؟ ووقع في كتاب الخيار من **المدوّنة** جواز اشتراط

(1) هكذا، ولعلّ الصواب: نَصَرَ.

ذلك بشرط أن يشرع في السكنى. ولعلّنا أن نبسط هذا في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأمّا أخذ سلعة غائبة أو أمة بتواضع أو سلعة على خيار قابضها، فإنّ هذا على القولين المذكورين يمنعه **ابن القاسم**، ويرى دخول التّأخير في هذا يلحقه بأحكام الدّيون.

وأمّا ما ذكره من منع ضع وتعجّل، فإنّا قد ذكرناه في مسائل كثيرة تقدّمت في كتاب السلم وغيره. وقد ذكر عن/ **عمر وعبد الله** ابنه، رضي الله عنهما، أنّهما يمنعان من ضع وتعجّل. وقد صوّر في المنع أنّ الّذي عجّل الدّين قد اشتراه بما عجّله ليأخذ ذلك من نفسه إذا حلّ الأجل قضاء عمّا أسلفه ممّا عجّل، فيكون كسلف بزيادة. وقد قرّرنا قولها بمنع الذّرائع وصوّرنا هذا المعنى في مسائل تقدّمت.

فصــــل

ذكر القاضي أبو محمّد عبد الوهّاب الممنوعات الرّاجعة إلى صفة العقد، فذكر أنّ منها: البيع والسلف.

قال الفقيه الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل أربعة أسئلة منها أن يقال:
1 ـ ما الدّليل على منع البيع والسلف؟ 2 ـ وهل يصحّ العقد إذا سقط السلف؟
3 ـ وهل يصحّ إسقاطه بعد قبضه؟ 4 ـ وما الواجب فيه بعد فوت المبيع؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: روي عن النبيّ ﷺ **أنّه نهى عن البيع والسلف**[1]. واختار بعض أشياخي في توجيه المنع أنّ ذلك من معاني حماية الذّرائع، وذلك أنّه قد تقرّر أنّ بيع الذّهب بالذّهب لا يجوز[2 أ] . ومن أقرض مائة دينار على أن يأخذ مثلها بعد سنة، فإنّ هذا المعنى يتصوّر فيه حقيقة البيع لأنّه باع مائة ينقدها بمائة يأخذها بعد سنة/. لكن إنّما[2 ب] ندَبَ الشّرع إلى مكارم الأخلاق وحضّ على اصطناع المعروف ورفق المسلمين بعضهم ببعض، اقتضت المصلحة في المحافظة على هذا الّذي ندب إليه، منعَ السلف بزيادة، لأنّا لو أبحنا الزّيادة فيه، لكنّا سددنا باب الارتفاق وما دُعينا إليه من مكارم الأخلاق. وقد علم أنّ البيع إذا انفرد، جاز باتّفاق. وإذا انفرد السلف على وجه المعروف والرّفق، جاز أيضاً باتّفاق. فإذا اجتمعا منعا، وما ذلك إلاّ أنّ المبيع المقارن للسلف قد يزيد في قيمته ويرغب فيه مشتريه لأجل ما يتسلّفه[3] البائع،

(1) هو جزء من حديث رواه بالمعنى عن أصحاب السنن والطيالسي وأحمد والحاكم والبيهقي ونصه: لا يحل بيع وسلف الهداية ج 7:231 حديث 137.

(2 أ) أي: إلا مثْلا بمثل مناجزة.

(2 ب) هكذا في النسختين ولعل الصواب كمّا.

(3) هكذا ولعل الصواب من.

فتصير الزّيادة الّتي زادها على قيمته عوض السلف، والسلف بزيادة ممنوع. وسلك بعض أشياخي في وجه المنع مسلكاً آخر، فقال: قد تقرّر أنّ الرّبا ممنوع، والبيع إذا قارنه سلف يوقع في الرّبا الممنوع إمّا ربا النّسا وإمّا ربا الفضل. ويتصوّر هذا بأنّ من باع عبداً بمائة دينار على أن أسلف المشتري خمسين ديناراً فأخذها إلى سنة، فإنّه قد أخرج من يده عبداً ومعه خمسون ديناراً، ويأخذ عوضاً عن ذلك ما يدفعه المشتري من الثّمن نقداً وما يدفعه عند قضاء السلف، فيحصل في هذا ربا النّسا، وربا الفضل إذا قدّرنا اختلاف مقدار ما يقع من المقابلة بين الذهبين لاختلاف التّقويم في السلعة على حسب/ ما تقدّم في أحكام الرّبا لمّا تكلّمنا على وجه المنع من بيع سلعة وذهب بذهب. وعلى هذا الأسلوب يتصوّر لك الرّبا إذا كان السلف دراهم، أو كان طعاماً يحرم فيه الرّبا. وإن كان طعاماً/ لا يحرم فيه الرّبا، تصوّر فيه ربا النّسا، لكن لو كان ما لا ربا فيه لا في النّقد ولا في النّسا، لكان هذا يمنع عندنا على أصلنا في منع بيع ثوب نقدا بثوبين من جنسه إلى أجل. لأنّا نرى أنّ التّماثل ها هنا يجعل الزّيادة عوض السلف، فإذا باع منه عبداً بمائة دينار على أن أسلفه ثوباً، فإنّه يتصوّر ها هنا ربا النّسا في مقابلة الثّوب بالثّوب على حسب ما قدّمناه في كتاب السلم. وذكرنا هناك أنّ الشّافعي لا يمنع من سلم ثوب في ثوبين مثله. ولا يقدّر في أمثال هذه العروض ربا النّسا. فهو لا يمنع مثل هذا على مقتضى أصله، ونحن نمنعه لأجل ما استدللنا به فيما تقدّم على منع سلم ثوب في ثوبين ولعموم الخبر أنّه نهى عليه السلام عن البيع والسلف[1].

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: قد ذكرنا في كتابنا المُعلِم اختلاف من تقدّم من الأئمّة في بيع وشرط. وذكرنا الحكاية الّتي رويت عنهم في هذا وما احتجّ به كلّ واحد لمذهبه[2].

---

(1) تقدم تخريجه قريباً.

(2) المعلم: 2:208 من باب الشروط في البيع.

واعلم أنّ البيع المؤثّر في صحّته شرط يقارنه في المذهب فيه اضطراب كثير. وذكر أهل المذهب فيه فروعاً كثيرة يكثر تعدادها. ووقعت أجوبة للأئمّة من أصحاب **مالك** عنها مختلفة. فدعا ذلك شيخنا الفقيه **أبا الحسن** المعروف **باللّخميّ** صاحب **التّبصرة** إلى أن قال: فيه ثمانية أقوال. واشتدّ نكير شيخي الآخر **أبو محمّد عبد الحميد** عليه هذا الإكثار من الخلاف حتّى أملى عليه في ذلك إملاء بيّن فيه ضعف التّاريخ[1] الّتي عوّل عليها شيخنا **أبو الحسن**، مع كونه لم يتصوّر له هذا العدد من الأقوال في وجوه مختلفة لا يصحّ أن تكون عن وجه واحد فيه ثمانية أقوال. وكان يرى أنّ الأجوبة عن هذه المسائل إنّما اختلفت لاختلاف معاني الشروط المفسدة لها.

فما قيل فيه: إنّ البيع صحيح والشرط باطل، فإنّما ذلك لأنّ الشرط وإن كان مبنيّاً عنه، فإنّه لم يؤثر في الثّمن ولا في المثمون جهالة ولا غرراً، ولا فائدة فيه لمشترطه. فكأنّه لمّا لم يتعلّق به حقّ الله تعالى ولا منفعة لِمشترطهِ ظاهرة، أُسقِط وصحّ البيع.

وإذا كان الشّرط يتضمّن غرراً في الثّمن أو المثمون ومخاطرة، فسد البيع ولو أسقط الشّرط. لأنّ الشّرط إذا أسقط، فإنّما سقط بهذا الإسقاط حقّ صاحب الشرط وبقي حقّ الله سبحانه في نهيه عن الغرر في البيوع. مثل أن يبيع أمة عليّة بشرط البراءة من حملها، فإنّ البيع يفسد ولو أسقط هذا الشرط لكون الغرر قد استقرّ في هذا العقد، لأنّ الجارية العليّة لو تحقّق مشتريها أنّ بها حملا، ما رضي أن يدفع من ثمنها عشر ما دفع، كما أنّ البائع لو علم براءتها من الحمل لم يبعها إلاّ بأكثر ممّا باعها/ به، فإسقاط عيب الحمل إن ظهر لا يرفع ما استقرّ من هذا الغرر الّذي حصل في الثّمن. وإذا قيل فيمن باع أمة عليّة بشرط ترك المواضعة إنّ البيع لا يفسد وتجب المواضعة، فإنّه لايرى أنّ هذا الشّرط يقتضي في الثّمن من الغرر ما اقتضاه شرط المتبرّي من الحمل في الجارية الرائعة.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: التخاريج.

وعلى هذه الأساليب كان شيخنا رحمه الله يجري هذه المسائل الّتي اختلفت الأجوبة عنها.

وقد أشار الشّيخ **أبو إسحاق** إلى هذه الطّريقة في اعتذاره عن كون البيع الّذي قارنه السلف يصحّ إذا أسقط/ الشّرط، بأنّ الثّمن ها هنا والمثمون قد قيل: إنّهما سالمان من الغرر، وإنّما الفساد في السلف، وهو أمر خارج عنهما. فكان ذلك بخلاف ما فسد لأجل ما وقع من الغرر في ثمنه أو مثمونه. ولكن تعقب هذا الاعتذار بأنّ الانتفاع بالسلف هو بعض الثّمن، فأشبه من باع سلعة بمائة دينار وعبد آبق، فإنّ هذا البيع لا يصحّ، ولو أسقط العبد الآبق، لمّا كان بعضَ الثّمن، فكذلك السلف هو بعض الثّمن. بخلاف لو وَقع الثّمن إلى موت زيد فرضي المشتري بتعجيله، فإنّ ذلك لا يصحّح البيع لمّا كان الغَرَر في نفس الثّمن، وهو تعليقه بأجل مجهول، ووقع العقد على غرر. فهذا التّشبيه للسلف بالعبد الآبق ليس بالواضح. والعبد الآبق إذا قارن الثّمن الّذي هو الدّنانير، فإنّ الدّنانير حصل فيها تخاطر بين المتبايعين، لأنّ الآبق لو تحقّق باذله سلامته، لم يرض بتلك الدّنانير بل بأكثر منها. ولو تحقّق عطبه، لم يبذل باذل الدّنانير إلاّ أقلّ ممّا بذل. فإسقاط الآبق محا عينه ولم يمح أثره الّذي في الدّنانير. والانتفاع بالسلف وإن كان ممنوحاً، فإنّه لم يؤثّر غرراً في الثّمن الّذي قارنه. فإذا أُسقِط، بقي الثّمن سالماً من الغرر. لكن لو كان عوض الآبق خمراً، لكان إسقاطه لا يبقي غرراً في الدّنانير الّتي هي بعض الثّمن. لكن هذا يلتفت فيه إلى ما كنّا قدّمنا الكلام عليه من حكم صفقة جمعت حراماً وحلالاً، وقد بسطناه هنالك، وهو ممّا يصرف في هذه المسئلة. وقد قيل في المذهب فيمن تزوّج بمائة دينار وعبد آبق: إنّ الآبق إذا أسقط صحّ النّكاح. فأنت ترى كيف أجرى صاحب هذا المذهب الآبق مجرى السلف المقارن للبياعات، ولكنّه إنّما ذكر ذلك في النّكاحات، والنّكاح يسامح في عقده من الغرر بما لا يسامح به في البيوع.

فإذا تقرّر هذا، فاعلم أنّ المذهب على قولين في البيع إذا قارنه سلف،

هل يصحّ البيع إذا أسقط السلف أم لا؟ والأشهر من المذهب أنّ البيع يصحّ إذا أسقط السلف. وقيل: بل يفسخ البيع ولو أسقط السلف، وإليه ذهب **محمّد بن عبد الحكم**. وذكر **الأبهري** أن بعض المدنيين/ رواه عن **مالك** قال: وهو القياس. وقد أشرنا إلى سبب هذا الاختلاف وأنّ المذهب المشهور بني على أنّ الفساد في غير الثّمن والمثمون. فإذا أزيل الفساد وبقي الثّمن والمثمون سالمين من مقارنته، صحّ العقد. وإنّ المذهب الآخر بني على القياس على أكثر البياعات الفاسدة وأنّ الفساد في البيع والسلف قد يتصوّر في الثّمن، على حسب ما ذكرناه وذكرنا ما قيل فيه. وهذه المسئلة قد تتعلّق باختلاف أهل الأصول في النّهي، هل يدلّ على فساد المنهيّ عنه أم لا؟ وقد ذكرنا أنّ النبيّ عليه السلام **نهى عن البيع والسلف** كما قدّمناه، والنّهي يدلّ على فساد المنهيّ عنه وردّه. وقد قال أيضاً في الحديث: «**من أحدث في ديننا ما ليس منه، فهو ردّ**»[1]، والمردود لا يمضي. وإذا قيل: إنّ النّهي لا يدلّ على فساد المنهيّ عنه نظر في المسئلة من جهة أخرى، وهي: هل حصل الإخلال بشرط من شروط صحّة البيع وانعقاده أم لا؟ والتُفِت حينئذٍ إلى كون هذا الفساد خارجاً عن الثّمن والمثمون أو مرتبطاً بهما. كما ينظر أيضاً فيمن باع جارية على أن يتّخذها أمّ ولد، هل يقتضي النّهي فساد المنهيّ عنه فيفسخ البيع، ولو أسقط هذا الشّرط الّذي هو اتّخاذها أمّ ولد، أو يصحّ البيع بإسقاط هذا الشرط منفصلاً عن الثّمن والمثمون، لم يحدث فيهما غرراً. واختيار كثير من الأشياخ كون الشّرط إذا سقط، لا يصحّ البيع والسلف وما في معناه من الشّروط، لكون العقد وقع على الفساد وهو ثمن واحد لا يتبعّض ولا يتعدّد./ فالفساد إذا دخله أثّر في كلّية العقد وجملته وسرى ذلك إلى الثّمن والمثمون وصيّرهما فاسدين في أنفسهما. لأنّ السلف إذا كان من المشتري، فهو بعض الثّمن، وإن كان من البائع فهو بعض المبيع، وفساد بعض الثّمن أو بعض المثمون يفسد جميعه.

---

(1) اتفق عليه الشيخان، ولفظ البخاري «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهورد» اللؤلؤ والمرجان: حديث 1120.

وقد أشار القاضي **إسماعيل** إلى إنكار الاحتجاج على صحّة البيع إذا أسقط شرط/ السلف بإسقاط خمر وقع العقد عليه مع ثوب. وقال: إنّما يكون وزان مسئلة البيع والسلف أن يكون بائع الثّوب شرط على مشتريه أنّه إن شاء طلبه مع الثّمن الّذي اتّفقا عليه من الخمر بأمر سمّياه، وإن شاء لم يطلبه. وتنازع المتأخّرون في هذا الّذي قاله **إسماعيل القاضي**. ونحن قد نبّهناك فيما أشرنا إليه من طرق الاستدلال في هذه المسئلة في كلامنا على هذا السؤال الثّاني والّذي قبله ما يعلم منه حقيقة ما قاله إسماعيل القاضي.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: إذا تقرّر أنّ المشهور من المذهب في البيع والسلف أنّ إسقاط مشترط السلف لِمَا اشترطه منه يصحّح البيع. وقد اختلف/ أصحاب هذا المذهب فيه إذا قبض السلف، هل يؤثّر إسقاطه رفع فسخ البيع أم لا؟ فذكر **أصبغ** في أصوله عن **ابن القاسم** أنّ قبض السلف لا يمنع من تأثير إسقاطه، وأنّ السلف إذا أسقطه قابضه وأعاده على دافعه، صحّ البيع، وهذا ظاهر المدونة وذهب **ابن حبيب وسحنون** إلى أنّ إسقاط السلف بعد قبضه لا يؤثّر[1]، ولا يصحّ البيع الفاسد لأنّ الرّبا قد تمّ بقبضه والانتفاع به، وإذا حصل وجود المعنى المفسد للبيع، لم يتصوّر رفع ما قد وجد، بخلاف إسقاط السلف قبل قبضه فإنّه لا يرفع ها هنا سوى حكم النّطق باشتراطه، ولم يحصل وجود الفعل الممنوع وهو الانتفاع بهذا السلف. وهكذا ظاهر المذهب أنّه لا يؤثّر إسقاطه إذا وقع هذا الإسقاط بعد أن فاتت السلعة في يد مشتريها، لأنّها إذا فاتت في يد مشتريها لزمته قيمتها وصارت القيمة ديناً عليه، فإسقاط شرط السلف لا يرجع إلى إمضاء عين المبيع وتصحيحه لما سقط الشرط حتّى يصير إسقاط هذا الشّرط كإسناد عقد صحيح على عين موجودة قائمة في حقّ من أسقطه. وإسقاطه بعد فوات السلعة ووجوب القيمة إنّما يرجع إلى زيادة في هذه القيمة أو نقص، وذلك خارج عن تصحيح نفس العقود في الأعيان القائمة. لكن

---

(1) أي في رفع فساد البيع.

الشّيخ **أبا إسحاق** أشار إلى إشكال في صحّة إسقاط هذا الشرط بعد فوات فوت المبيع إذا كان السلف لم يقبض وقال: انظر في ذلك. لكن قد وقع في شرح ابن مزين عن **ابن نافع** فيمن قارض وشرط في القراض شرطاً فاسداً، أنّ إسقاط الشّرط إنّما يؤثّر ويصحّ القراض بإسقاطه ما لم يقع العمل بالقراض. فإذا وقع[1] عمل العامل بالمال، لم يؤثّر إسقاط الشّرط. ورأى بعض أشياخي أنّ هذا يشير إلى أنّ إسقاط السلف المشترط في البيع لا يؤثّر إذا فاتت السلعة وإن كان السلف لم يقبض. وهذا الّذي قاله من هذا وتأوّله لا وجه له، لأنّ القراض لا يلزم بالقول المجرّد في أحد القولين عندنا. فإذا وقع إسقاط الشّرط من مشترطه قبل العمل بالقراض، (صار إسقاطه كاستئناف عقد صحيح في حقّ نفسه، وبقي الآخر على خياره في حلّه، ولو كان القراض صحيحاً لم يقارنه شرط. فإذا وقع العمل بالقراض)[2]، لم يؤثّر إسقاط الشّرط لأنّ إسقاطه وقع بعد فوات المبيع. ويمكن أن يكون بنى هذا الجواب على مذهب من يرى أنّ إسقاط الشّرط قبل العمل في السلف المقارن للبيع لا يؤثّر بل يفسخ البيع على كلّ حال. وإنّما فرّق ها هنا في القراض بين إسقاط الشّرط/ قبل العمل وبعده، لأجل ما ذكرناه من إثبات الخيار لربّ المال والعامل في حلّ القراض قبل أن يعمل به. فإذا أمكن هذا، لم يكن ما استقرأه من هذه الرّواية موثوقاً به، إلاّ أن يثبت أنّ مذهب **ابن نافع**، لمّا قال هذا، كونُ القراض/ يلزم بالعقد، فيكون لِمَا استقرأه وجه.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال: إذا وقع البيع بشرط السلف وفاتت السلعة في يد المشتري بحوالة السوق أو غيرها ممّا يفيت البيع الفاسد، فإنّ المذهب اختلف في ذلك. فقيل: الواجب في ذلك القيمة، قلّت أو كثرت، كما تجب في أكثر البياعات الفاسدة. وهكذا قال سحنون: إذا قبض السلف وامتنع إسقاطه قبل قبضه وفاتت السلعة، فإنّ القيمة فيه بالغة ما بلغت. وهكذا حكى غيره عن **ابن القاسم** أيضاً إيجابَ القيمة مطلقاً، لأنّ الواجب في البيع الفاسد ردّ

---

(1) في الوطنية: فإذا عمل العامل بالمال.

(2) في ما بين القوسين ساقط في الوطنية.

عين المبيع، فإذا استحال ردّه لعدمه، أو ما هو في حكم العدم، رُدّت قيمته على الإطلاق بدلاً من عينه. والّذي في **المدوّنة** أنّ القيمة الواجبة يلتفت فيها إلى زيادتها على ما رضي به المسْلِف.

فإن كان السلف من المشتري: اشترى سلعة بمائة على أن أسلف خمسين، فإنّ للبائع الأكثر من الثّمن أو القيمة. فإن كانت القيمة مائتين أو أكثر أخذها. وإن كانت القيمة أقلّ من مائة دينار، لم ينقص المشتري من ذلك لأنّه رضي بمائة دينار ثمناً معها خمسون ديناراً يدفعها سلفاً، فإذا قضينا عليه بالثّمن وهو المائة، وأسقطنا عنه ما هو كبعض الثّمن، وهو ما التزم من سلف، فإنّه قد أحسن إليه في هذا إذا قضينا عليه بالقيمة ما لم ينقص من الثّمن.

وإن كان السلف من البائع، كان له الأقلّ من الثّمن أو القيمة، فإن كانت القيمة خمسين أو ستّين ديناراً، لم يلزم المشتري أكثر من ذلك لأنّها عوض العين الّتي وجب عليه ردّها لفساد العقد. وإن كانت القيمة مائتين، لم يلزم المشتري إلاّ المائة الّتي هي الثّمن لأنّ البائع رضي أن يأخذ مائة على أن يسلف خمسين. فإذا أسقطنا عنه السلف، فكأنّا أسقطنا عنه بعض الثّمن وأحسن إليه بذلك، فلا يزاد عليه.

والتفت **أصبغ** إلى هذه الطريقة، ولكنّه رأى أنّ القيمة إذا زادت على المائة الّتي هي الثّمن، والخمسين الّتي هي السلف، المشترطة على المشتري، فإنّه لا يقضى للبائع بأكثر من مائة وخمسين. ويقال له أيضاً: أنت رضيت بالمائة تملكها ملكاً مؤبّداً وبمنفعة خمسين الّتي هي السلف، فإذا ملكناك هذا السلف ملكاً مؤبّداً لا تردّه أبداً، فقد أحسن إليك، فلا تزاد على مائة وخمسين شيئاً، وإن زادت قيمة السلعة على ذلك.

وطرْد مذهب **أصبغ** إذا كان السلف من جهة البائع، أن يكون على المشتري القيمة ما لم تنقص عن خمسين ديناراً. لأنّه أيضاً يقال له: أنت رضيت بأن تدفع مائة دينار ثمناً، فيردّ قابضها إليك منها خمسين ديناراً سلفاً تتّجر بها

سنة ثمّ تعيدها/ إليه، والخمسون الباقية هي الثّمن الّذي نقدته لا ترجع إليك، والخمسون الأخرى الّتي قبضتها لتردّها/ بعد سنة نحن قد أسقطنا ردّها عنك، فأحسنا إليك بإسقاط ردّها إلى البائع، فلا يُنقَص البائع من الخمسين الّتي رضيت بها، وهي أيضاً كبعض الثّمن.

ومذهب **ابن القاسم** ما حكيناه عنه من أنّ الواجب على المشتري الأقلّ من القيمة أو الثّمن. فإن كانت القيمة ثلاثين أو أربعين ديناراً، لم يقض عليه بأكثر من ذلك. ولا يعتبر ما اعتبره أصبغ في السلف. كما لم يعتبر ذلك أيضاً فيما نصّ أصبغ على اعتباره إذا كان السلف من جهة المشتري.

وقد أشار الشّيخ/ **أبو إسحاق** إلى مناقضة **ابن القاسم**، فقال: قد جعل **ابن القاسم** على المشتري وزن الثّمن إذا كان هو المسلف وكانت القيمة أقلّ منه لكون المشتري رضي بالمائة ويزيد على رضاه بذلك سلف خمسين. فإذا كانت القيمة أقلّ ممّا رضي به وهو مائة، فإنّه لا ينقص من الثّمن شيئاً لرضاه به. فكذلك أيضاً يجب أيضاً أن لا يزاد البائع على مائة وخمسين إذا زادت القيمة على ذلك لكونه رضي بمائة وبخمسين سلفاً. فإذا أمضيناها له ملكاً مؤبّداً مع المائة، لم يكن له مقال في الزّيادة. وذكر أن لا فرق بين حجّة البائع على المشتري في أن لا يحطّ من الثّمن الّذي رضي به شيئاً إذا نقصت القيمة عنه، وبين حجّة المشتري على البائع أن لا يزيد على المائة وخمسين شيئاً لرضاه بهما.

وهذا الّذي قرّره كالمتناقض من قول **ابن القاسم** الانفصال عنه عندي: أنّ المائة دينار الّتي رضي بها المشتري رضي كونها ثمناً، فلا يحطّ ممّا رضي به شيئاً. ونحن إذا ألزمناه ذلك، لم تغيّر صفة الثّمن الّذي وقع التّعاقد عليه في المائة دينار لأنّها كانت مائتين. فإنّه يقول: إنّما استقرّ البيع بمائة دينار ولمنفعة خمسين ديناراً سنة، والانتفاع بها سنة كعرض، والعروض تختلف الأغراض فيها، وقد يكون التّجر بها سنة له فيها غرض لا يوجد إذا جعلت له ملكاً، فتعتبر

الأغراض. والأثمان لمّا وقع فيما قاله في زيادة القيمة على الثّمن لم يلتفت إلى ما وقع التّراضي به من كون المائة ثمناً والخمسين سلفاً. وأمّا رضى المشتري بمائة دينار، فإنّا إذا ألزمناه إيّاها، ألزمناه اعتبار ما رضي به من غير تغيير فيه. فإذا اعتبرنا المائة وخمسين، صرفاً ألزمنا البائع رضاه بالمائة وخمسين بعد تغيير عليه في عرضه.

فصـــل
في بيع الثّنيا

ذكر في **المدوّنة** بعد مسئلة البيع والسلف، الّتي أشبعنا القول فيها، الحكم فيمن باع سلعة من رجل على أنّ البائع متى جاء بالثّمن ارتجع سلعته. فقال في **المدوّنة**: إنّ البيع فاسد[1].

ويتعلّق بهذه المسئلة ما ننبّهك عليه. فمن ذلك..

1 ـ ما علّة فساد هذا البيع؟

2 ـ والثّاني هل يصحّ هذا البيع بإسقاط الشّرط كما صحّ ذلك في إسقاط السلف كما تقدّم؟

3 ـ والثالث هل/ تجري هذه المسئلة مجرى الرّهان في الضّمان والاغتلال أم مجرى البياعات الفاسدة؟

4 ـ والرّابع أن يقال: ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اشترط أنّه إن لم يأت بالثّمن، فلا بيع بينهما؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: أمّا علّة فساد هذا البيع، فإنّ عبارات أهل المذهب اختلفت. فعلّل في **المدوّنة** أنّ المنع لكون ذلك بيعاً وسلفاً[1]. وأنكر **سحنون** هذا التّعليل، وقال: بل هو سلف جرّ منفعة. واعتذر بعض الأشياخ عن عبارة **المدوّنة**، فقال: المراد أنّه يكون تارة سلفاً وتارة بيعاً. إن لم يأت بالثّمن كان ذلك بيعاً، وإن ردّ الثّمن، كان ذلك سلفاً. ويكون على هذا التّأويل

---

(1) المدونة ج 3/ ص 194.

حرف الواو ها هنا بمعنى أو، فالمراد أنّه بيع أو سلف على حسب ما صوّرناه.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: إذا أسقط البائع هذا الشّرط وأمضى البيع على أنّه لا حقّ له في السلعة إذا جاء بالثّمن، فإنّ في **الموّازيّة** أنّ البيع يصحّ بإسقاط هذا الشّرط. وأجرى إسقاط هذا الشّرط ها هنا مجرى إسقاط السلف في كون البيع يصحّ بإسقاطه في المشهور من المذهب. لكن **ابن الموّاز** لمّا حكى هذه الرّواية حكاية مطلقة تداركها بأن قال: إذا رضي المشتري بذلك. واستدرك عليه الشّيخ أبو **محمّد بن أبي زيد**/ هذا الاستدراك فقال: بعد فسخ العقد الأوّل، وتراضيهما بذلك.

وقد كنّا قدّمنا في الكلام على صحّة البيع بإسقاط السلف أنّ هذا الشّرط المفسد للبيع فساده خارج عن الثّمن والمثمون، فلهذا صحّ البيع بإسقاطه، وبسطنا الكلام على هذا الوجه وما يتعلّق به. وها هنا قد لا يتصوّر في هذه المسئلة مثل هذا الاعتذار لأنّ الفساد ها هنا في نفس الثّمن، وكونه قد تخاطرا فيه بأن جعلاه تارة ثمناً وتارة سلفاً. ويمكن أن يقدّر فيه أنّ البائع لو علم أنّه يعسر عليه ردّ الثّمن لم يبعها إلاّ بالأكثر ممّا باعها به. ولو علم المشتري أنّه يشتريه بلا بدّ ما اشتراها به، فعاد التّخاطر ها هنا إلى نفس الثّمن. بخلاف فساد البيع الّذي قارنه السلف لكون الفساد هناك خارج عن الثّمن والمثمون كما تقدّم بيانه. وإذا لم يحاول الفرق بين المسئلتين، كان ما وقع من إطلاق القول في **الموّازيّة** أنّ هذا البيع يصحّ بإسقاط الشّرط يستغنى فيه عن استدراك **ابن الموّاز**. ويكون صاحب هذا المذهب رأى البيع لازماً للمشتري وإن لم يرض. كما يلزم أيضاً البيع إذا أسقط عنه البائع السلف الّذي اشترط عليه. وإن جرينا على موجب هذا القول وصرفنا الفساد في هذه المسئلة إلى المخاطرة في الثّمن، احتيج إلى استدراك **ابن الموّاز**. ويقدّر أنّ المشتري لمّا رضي بإسقاط البائع لشرطه، صارا جميعاً كمبتدئياً[1] عقدٍ استأنفاه على/ الصحّة، وعلى تراضيهما

(1) هكذا في النسختين، لعل الصواب: كمبتدئيْ.

بهذا، كالإبطال والتّفاسخ للعقد الأوّل. ويقدّر أنّ الشّيخ **أبا محمّد بن أبي زيد** أنّ رضا المشتري[1] بما أسقطه البائع من شرط لا ينوب عن ما يجب عليهما من فسخ العقد/ الفاسد، وإنّما محصول ما وقع منهما إمضاء البيع الأوّل مع إسقاط الشّرط الّذي قارنه، فلم يحصل منهما سوى إسقاط الشّرط، والعقد لم يتفاسخاه.

وكان شيخي **أبو محمّد عبد الحميد** رحمه الله يشير في هذا الأصل إلى الاختلاف في البيع الفاسد، هل هو ليس بعقد لمّا ردّه الشّرع ولا ناقل للملك فلا يفتقر إلى حلّه، أو يقدّر أنّه حصل له شبهة العقد، فيفتقر لأجل ذلك إلى التّراضي بفسخه.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: قد أوقع في **المدوّنة** على هذا البيع تسمية كونه بيعاً. واعتلّ لفساده بأنّه لا يجري مجرى الرّهان، بل يجري مجرى البياعات الفاسدة. وقد وقع في **المستخرجة** فيمن باع أرضاً على أنّه متى جاء بالثّمن ارتجعها، فبنى المشتري فيها أو غرس، أنّ ذلك فوت، والغلاّت للمشتري لكونه ضامناً لها. لكن وقع أيضاً في رواية أخرى فيمن اشترى حائطاً فبنى فيه وحفر، أنّ الغلاّت له، لأنّ ضمانه منه، ويردّ الحائط على بائعه ويغرم البائع ما أنفق المشتري في البناء والحفر. فقد اتّفقت هاتان الرّوايتان على أنّ ذلك لا يجري مجرى الرّهان في الاغتلال ولا في الضمان. لكن اختلف في حكم ما أحدث المشتري فيها، فقيل: إنّه فوت، كما يكون ذلك فوتاً في سائر البياعات الفاسدة. وقيل: لا يكون فوتاً، لأنّ سائر البياعات الفاسدة تعاقد فيها البائع والمشتري على أنّ الملك يتأبّد للمشتري ولا يرجع إلى البائع. وها هنا دخلا على أنّ الملك لا يتأبّد للمشتري، بل هو موقوف على خيَرة البائع متى شاء ردّ السلعة إلى ملكه ودفع ثمنها. فوقع إحداث المشتري لما أحدثه. وهو يُجوِّز أن يكون البائع يرتجع ملكه، فصار كمسقط حقّه في التّفويت.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يرى أن رضا المشتري.

هذه الطّريقة في كون هذا العقد بيعاً هي المعروفة من المذهب. وحكي عن الشّيخ **أبي الحسن القابسي**، رضي الله عنه، أنّه أجرى ذلك مجرى الرّهان، واعتذر عنه/ بعض المتأخّرين بأنّه لمّا كثر عند **أهل إفريقيّة**، الّتي كان ساكناً بها، القصدُ في هذا إلى إحكام الإرتهان بأن يقول أحد الرّجلين للآخر: أسلفني كذا، وأعطيك جناني تغتلّ منه ما أسلفتني[1]، فمتى جئتُ بما أسلفتني أخذتُ جناني. وهذا يتّضح فيه إجراء ذلك على أحكام الرّهان إذا علم أنّ قصد المتعاقدين على ذلك الارتهان لا التّبايع. وهكذا ذكر **ابن شبلون**، رحمه الله، أنّه مال إلى طريقة الشّيخ **أبي الحسن** رحمه الله. لكن نقل غير هؤلاء عن الشيخ **أبي الحسن** أنّه فصّل القول في ذلك، فرأى أنّ هذا إذا ضرب فيه أجل، فإنّ هذا الحكمُ فيه أن يكون المبيع على هذه الصفة يجري مجرى الرّهان/ قبل الأجل في الضّمان والغلّة، ومجرى البياعات الفاسدة بعد ذهاب الأجل. وذكر الشّيخ **أبو بكر بن عبد الرّحمان** رحمه الله، أنّه قال للشّيخ **أبي الحسن**، كالمنكر عليه هذا التّفصيل: إنّ الرّواية في هذا أنّ الحكم لا يختلف، ضرب لذلك أجل/ أو لم يضرب، فكيف خالف[2] الرّواية؟ فقال معتذراً عن ذلك: **لابن حبيب** في هذا شيء. يشير إلى موافقة **ابن حبيب** له في هذه الطريقة. وقد رأى بعض المتأخّرين أنّ هذا التّفصيل يشير إليه ذكره في كتاب الرّهن في **المدوّنة** فيمن ارتهن رهنا واستدان عليه ديناً إلى أجل على أنّ الرّاهن إن لم يأت بالدّين **عند** حلول الأجل فإنّ الرّهن يكون لقابضه بما ارتهن فيه. وقد ذكر في **المدوّنة** أنّه قبل الأجل يجري مجرى الرّهان، وبعد الأجل يجري مجرى البيوع الفاسدة[3]. ومن المتأخّرين من منع من استقراء ما ذهب إليه الشيخ **أبو الحسن** من هذه المسئلة، وقال: فإنّ البائع سلعته، على أنّه متى جاء بالثّمن ارتجعها، أخرجها من ملكه، وشرط رجوعها إلى ملكه بأمر يفعله وهو إتيانه بالثّمن، فغلبت فيها أحكام

(1) كذا، ولعل الأوْلى: بما أسلفتني.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: خالفتَ.
(3) المدونة ج 4/ ص 164.

البياعات الفاسدة. ومسئلة كتاب الرّهن أبقاها الرّاهن على ملكه إلى الأجل، وإنّما عقد على نفسه إخراجها من ملكه إذا حلّ الأجل. فشتّان ما بين من ألزم نفسه خروج السلعة من ملكه حتّى يرتجعها بفعل يفعله، وبين من أبقاها على ملكه لا تخرج منه إلاّ بفعل يفعله بعد ذلك.

فإذا تقرّر حكم هذا البيع الّذي وقع في عقد هذا الاشتراط أنّه متى أعاد البائع الثّمن[1] أحقّ بما باع، فإنّ ذلك لو وقع بعد صحّة العقد وكونه عارياً حين انعقاده من هذا الشّرط، فكان[2] ذلك جائزاً إذا قصد المشتري السلعة من غير شرط المعروف والإحسان إلى البائع، بأن يمكنه من الإقالة إذا أعاد الثّمن، لأنّ المقصود يحيل أحكام العقود. وهذا الاشتراط لم يقع عن معاوضة، لكن مجراه مجرى المعروف والهبات، فلم يمنع. لكن المبيع لو كان جارية مرتفعة، لم يحسن هذا فيها لكون المراد منها الوطء، ولأجل ذلك تشترى ولا يحسن وطء فرج وفيه حقّ لأحد. ولأجل هذا لم يحسن هذا الشّرط في هذه، بخلاف الوخش من الإماء وذُكْرَانِ العبيد وغير ذلك من العروض والسلع.

وهذا الشّرط الواقع بعد العقد على جهة المعروف، إن وقع غير مؤقّت وباع مشتري السلعة هذه السلعة الّتي وعد البائع بردّها عليه إذا أعاد الثّمن عليه، إذا وقع ذلك قولاً مطلقاً غير مؤقّت بزمن محدود، فإنّه إن باعها المشتري قبل أن يعيد البائع الثّمن إليه، فإنّ بيعه ماض. وإن أجّل لهذا الوعد أجلاً، فإنّ/ **أصبغ** ذكر أنّه منهيّ عن بيعها قبل الأجل ومأمور بالوفاء بالشّرط. وظاهر كلامه عندي يقتضي ردّ بيعه. وإن كان بعض أشياخي رأى أنّ الأولى إمضاء بيعه، وإن أجّل لهذا الشّرط/ أجلاً، لأنّه ولو أجّله، لم يخرج التّأجيل عن أحكام المعروف. والهبة إذا بيعت، نفذ البيع فيها. وهذا الّذي أشار إليه يجري على الاضطراب الّذي في الهبة إذا بيعت على حسب ما ذكر في **المدوّنة** وغيرها ممّا سنبسط القول فيه، إن شاء الله تعالى/ .

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: كان أحقّ.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لكان.

هذا حكم الشّرط في قسمين أحدهما اشتراطه مقارناً لعقد معاوضة. والثّاني اشتراطه بعد البيع من غير معاوضة.

لكن يتصوّر في هذا قسم آخر وهو مقارنة هذا الشّرط لعقد معاوضة وقع أيضاً على جهة المعروف. كالمشتري لسلعه استقاله بائعها، فامتنع أن يقيله إلاّ بشرط أنّه إن باعها بعد رجوعها إليه بحكم الإقالة، فإنّه أحقّ بها بالثّمن الأوّل. فإن هذا وقع في الرّواية الإشارة إلى أنّ له نقض البيع إذا باعها من رجعت إليه لكون المشتري المقيل إنّما قال[1] على جهة المعروف، فلم يمنع هذا لمّا لم يقصد به المخاطرة والمكايسة، ولم يسقط أيضاً حقّه في نقض هذه الإقالة إذا باعها المستقيل الّذي رجعت إليه، فإنّ المقيل أحقّ بها بالثّمن. فربّما أشارت هاتان الرّوايتان إلى اختلاف في هذا الأصل، هل يكون للمقيل، بشرط أنّه أحقّ بها، نَقْضُ هذا البيع أم لا؟ ويمكن أن يقال: إنّه لمّا وقع الشّرط بأنّه أحقّ بها بما يبيعها به، أشعر ذلك بأنّ المراد كونه أحقّ بالثّمن الّذي سمّاه بخلاف قوله: إنّه أحقّ بها بالثّمن الّذي وقعت عليه الإقالة.

هذا حكم البيع الواقع بعد حصول هذا الشّرط، وقد وقع الشّرط على جهة المعروف بعد انعقاد البيع أو مقارنا للإقالة الّتي قصد بها المعروف. وأمّا لو وقع البيع في العقد الّذي قارنه الشّرط وعقد على المكايسة كما وقع في **المدوّنة**، لنفذ البيع في المشهور من المذهب لأنّه بيع صحيح عقد في سلعة بيعت بيعاً فاسداً، وذلك ممّا يفيت البيع الفاسد. لكن على طريقة **سحنون** الّذي يرى أنّ البيع الصحيح لا يفيت البيع الفاسد المجمع على فساده، ولا يقع الفوت بهذا البيع ها هنا إذا كان مجمعاً عليه عند من يرى خلافه[2].

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال: ذكر في **المدوّنة** فيمن باع سلعة على أنّه إن لم يأت بالثّمن إلى ثلاثة فلا بيع بينهما، أنّ البيع ماض والشّرط باطل.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أقال.

(2) هكذا في النسختين. والمعنى غير واضح، فلعل في الكلام نقصاً أو تحريفاً. ولعله فلا يقع الفوت.

فيقال له: فرقٌ بين حكم هذا السؤال وسؤال من باع على أنّه متى أعاد الثّمن ارتجع المبيع، مع كونهما يجتمعان في أنّهما بيعان عقدا إلى غاية ينحل البيع عندها بأن يعيد هذا/ الثّمن أو يتأخّر هذا عن دفع هذا الثّمن. فيقال: أمّا بعض أشياخي، فيشير إلى أن لا فرق بينهما. ويُجري الاختلاف فيهما (من بعضهما بعضاً)[1]. ويرى أنّ الشّروط الفاسدة إذا قارنت البيع يُختلف فيها، هل يمضي البيع ويسقط الشّرط، أو يفسخ البيع وشرطه، أو يخيّر من له الشّرط في إسقاط شرطه، فيمضي البيع، أو يتمسّك به، فيردّ البيع.

وقد اختلف في هذه المسئلة أيضاً، فقيل: البيع فاسد. وقيل: هو كبيع الخيار يعتبر فيه الأمد، إلى غير ذلك ممّا سنبسطه إذا أفردنا هذه المسئلة بالكلام عليها في كتاب البيوع الفاسدة، إن شاء الله تعالى/ .

وقال قوم من الأشياخ: بينهما فرقان، وذلك أنّ من باع على أنّه متى أعاد الثّمن ارتجع المبيع، الملك ثابت له قبل البيع ثبوتاً مستقرّاً لا شكّ فيه. وهذا البيع الّذي عقد لم يخرج الملك من يده خروجاً محقّقاً لمّا صرَف حلّه إلى مشيئته، فمتى شاء حلّ هذا البيع، بأن يردّ الثمن، فصحّ أن يتسلّط الفسخ على هذا الملك الّذي انتقل على هذه الصفة. والّذي باع بشرط إن لم يأت المشتري بالثّمن انحلّ البيع، قد خرج من يده ملكه خروجاً لا قدرة له على استرجاعه، وإنّما جعل حلّ عقده وردّ المبيع إلى ملك بائعه إذا شاء/ أن يتأخّر بالثّمن. فكأنّه كبيع خيار العقد في أحد الجهتين، فبقي محلولاً في الجهة الأخرى. ولهذا قال بعض أصحاب **مالك**، رضي الله عنه إنّ هذا يجري مجرى بيع الخيار، ويعتبر في فساده وصحّته مقدار الأجل المضروب فيه.

ويؤكّد هذا الفرق عند هؤلاء **ما** فرّق به **مالك** بين من جعل أمر زوجته بيدها إن تزوّج عليها، أو فعل فعلاً إيقاعه أو تركه بيده، فإنّ ذلك لا يفسد النّكاح ولا يؤثّر ضعفاً في ملكه للفرج حتّى يمنعه الوطءَ، بخلاف أن يجعل

---

(1) هكذا في النسختين.

الأمرَ فيها موقوفاً على فعل يفعله غيره، وهو يترقّبُ[1] هل يوقع غيره ذلك الفعل أم لا؟ فإنّ هذا الشّرط يفسد النّكاح لمّا أضعف ملكه للفرج.

ومن الأشياخ من سلك في الفرق طريقة أخرى، فقال: إنّ المشترط أنّه متى أعاد الثّمن ارتجع سلعتَهُ قد انتقد الثّمن انتقاداً فيه مخاطرة، كما بيّناه فيما تقدّم، ففسد البيع لأجل هذه المخاطرة. وهذه المسئلة الأخرى لم يقع فيها انتقاد، فيؤثّر ذلك فساداً في العقد، على حسب ما كنّا أشرنا إليه في مسئلة البيع والسلف من افتراق الشّروط المؤثّرة في الثّمن والمثمون أو الّتي لا تؤثّر.

وقدح بعضهم في هذا الفرق بأن قال: إن لم يثبت القدح في هذه المسئلة من جهة الثّمن، وانتقادِه على صفة فيها تخاطر ثبت من جهة كون البائع حابساً للسلعة حبساً منهيّاً عنه في أصل العقود. وسنبسط/ نحن الكلام على هذا الوجه إذا تكلّمنا على المسألة بانفرادها إن شاء الله تعالى.

(1) في الوطنية: يتوقف.

فصــل
في القرض الفاسد

واعلم أنّا كنّا قدّمنا في كتاب السلم القول في كثير من أحكام القرض ما يجوز منه وما لا يجوز، وحكم قرض الجواري، والخلاف في ذلك على ما شرحناه هناك من صفة الخلاف الواقع فيه. ولمّا ذكر في **المدوّنة** في كتاب بيوع الآجال جملاً من القروض الفاسدة وقدّمنا العذر على توخّينا ترتيب **المدوّنة**، ألحقنا بالفصل المتقدّم هذا الفصل.

فالكلام في القرض الفاسد من وجوه أحدها أن يقال:

1 ـ ما حكم القرض إذا فسد وكان قائماً؟

2 ـ وما حكمه إذا فسد وكان قد فات؟

3 ـ وهل يفسد من جهة اشتراط قضائه ببلد آخر؟

4 ـ وهل يفسد من جهة اشتراط تعيين صفته؟

5 ـ هل يجوز تصديق المقرض في مقدار القرض وما علة ذلك؟[1]

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: قد قدّمنا أنّ الذّهب بالذّهب نسيئة ربا، وأنّ الشّرع عفا عن ذلك إذا وقع على جهة القرض المرادِ به منفعة المتسلّف، لأجل ما في ذلك من المعروف والإحسان، والله سبحانه أمر بهما على الجملة. فإذا قصد دافع القرض منفعة نفسه خاصّة أو منفعة نفسه ومنفعة من أخذ القرض؛ فإنّ ذلك ممنوع، ومندرج تحت الرّبا الّذي ذكرنا. وهكذا ذكر **ابن عمر** رضي الله عنه لمّا قسم القرض إلى ما يراد به الأجر أو يراد به وجه آخذه أو يراد منفعة دافعه. فأشار إلى جواز الوجهين الأولين ومنع الثّالث لكونه ربا.

وقد تقدّم ما يجوز من التطوّع في الزّيادة في القرض عند القضاء وما لا

(1) هذا السؤال أجاب عنه بعد السؤال الرابع. وهو ساقط في النسختين.

يجوز في كتاب الصرف.

وأمّا اشتراط المنفعة للدّافع نطقاً أو قصدُه لذلك وإن لم ينطق، فإنّه لا يجوز. لكن إن ثبت أنّه قصد منفعة نفسه ببيّنة شهدت عليه بذلك أو بتصديق القابض له في ذلك، فإنّ هذا القرض يفسخ.

فإن انفرد أحدهما بدعوى ذلك وأكذبه الآخر، فإن كان الدّافع هو الّذي زعم أنّه قصد بالقرض منفعة نفسه بعد أن خرج ذلك من يده، فإنّه لا يصدق في ذلك ويتّهم أن يكون ندم على ما دفع وأراد استرجاعه من قابضه قبل حلول أجله. وإن كان المدّعي لذلك القابض ولم يقصده[1] الدّافع، فإنّه يردّ ما قبض من القرض، كاعترافه بأنّه وقع على وجه حرام، والحرام يفسخ.

والجواب عن السؤال الثّاني/ أن يقال: قد تقرّر فيما تقدّم أنّ سلف العروض أو المعاوض عنها على وجه فاسد يردّ قيمتها إن لم يمكن ردّ عينها. كما تقرّر أيضاً أنّ المقترض قرضا جائزاً يخيّر بين أن يردّ عين ما اقترض إن كان باقياً على حاله، أو يردّ مثله لأنّ دافعه دخل معه على أنّه مكّنه من إفاتة عينه ليردّ مثلها، فإن شاء دفع المثل وصار كمن أفات العرض الّذي اقترض/ وإن شاء ردّ عين العرض لأنّ التّأجيل فيه إلى أن ينتفع به فيفيته حقٌّ له لا حقّ فيه لدافعه. ولهذا كان له تعجيل العرض إذا كان قرضاً قبل أجله. فإذا كان القرض فاسداً وثبت ذلك وجب[2] فسخه، فوجدناه قد فات، فإنّ الأشياخ ذهبوا إلى إلحاقه بالبيوع الفاسدة الّتي يجب في فوتها إذا كانت عروضاً القيمة لا المثل، فغلبوا على هذا العقد لمّا فسد أحكام المعاوضة الفاسدة، فيكون الواجب القيمة كما وجب فيها. ويحصل الفوت بحوالة الأسواق كما حصل أيضاً فيها. وهذا يعارض بأن يقال: إذا كان الفساد من قبل الدّافع بأن يكون ثبت بأنّه قصد منفعة نفسه، وذلك قد يحصل فيه إخراج هذا العرض بهذا القصد الممنوع إلى أحكام

(1) هكذا في النسختين، والصواب: يصدّقه.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ووجب.

البياعات الفاسدة، فالقابض لها[1] القرض إذا قبضه على أنّه قرض جائز/ ، فإنّه لم يقبضه إلاّ على ردّ مثله إذا فات لا على ردّ قيمته. فلماذا ألزم خلاف ما دخل عليه، وأخذ بخلاف مقتضى اعتقاده، ورجع في ذلك إلى مقتضى اعتقاد الدّافع؟ وهذا لمّا عورض به الشّيخ **أبو بكر بن عبد الرّحمان** اعتمد في دفعه على قول **مالك**، رضي الله عنه، فيمن عقد نكاح امرأة فأدخل عليه أهلها أمة لهم فوطئها معتقداً أنّها زوجته أنّ القيمة تلزمه في الأمة، كما تلزمه القيمة في وطء أمة حلّلها له مالكها، مع كونه لم يدخل على فساد ولا غرامة قيمة، لكن حكم عليه بمقتضى اعتقاد الدّافع لهذه الأمة لا بمقتضى اعتقاده. ورأى بعض الأشياخ المتأخّرين أنّ هذه المعارضة تتوجّه[2] في القرض وفي المسئلة الّتي استشهد بها الشّيخ **أبو بكر بن عبد الرّحمان**. وذهب إلى أنّ الصواب أن يجرَى كلّ واحد من هذين على مقتضى اعتقاده وقوله. فيقضَى على القابض بالمثل لكونه موجَب اعتقاده، ثمّ يباع المثل ويدفع من ثمنه القيمة إلى الدّافع، لأنّ القيمة هي موجَب قوله واعتقاده. فإن قصر ثمن هذا المبيع على مبلغ القيمة، لم يكن للدّافع مطالبة بأكثر منها لحصوله على موجب اعتقاده، وإن زاد الثّمن على القيمة الّتي تجب على مقتضى اعتقاده، وقف ما زاد عن القيمة حتّى يرجع عن قوله: إنّ القرض كان فاسداً، فيأخذ ذلك الموقف، أو لا يُرجع فيتصدّق به عمّن هو له. وهذه الطّريقة شديدة لكونها دافعة للمعارضة، وأخذا بمقتضى زعم هذين الرّجلين الدّافع والقابض أولاً ما ينظر فيه من يتولّى البيع وعلى من تكون العهدة، فهذا يفتقر إلى نظر آخر[3]. وقد ذكر في **المدوّنة** حكم قرض الشّيء في مثله وسلم الشّيء في مثله، فاعتبر القصد. فإن كان من أسلف ثوباً ليأخذ مثله أو أسلم ثوباً في ثوب مثله، قصدُه منفعة نفسه، لم يجز ذلك. وإن/ كان القصد منفعة القابض، جاز ذلك. وقد كنّا نحن قدّمنا في أحكام السلم ما يشير إلى هذا

---

(1) كذا في النسختين، ولعل الصواب: لهذا.

(2) هكذا في النسختين، وسياق الكلام بعدُ يقتضي النفي: لا تتوجه.

(3) من: وهذه الطريقة. . . . نظر آخر. هكذا في النسختين، والكلام مضطرب.

الأصل والاختلاف فيه. وقد منع ذلك **ابن القاسم** سلم ثوب في مثله على جهة المبايعة، وأجازه **الوقار**. ووقع أيضاً في **المدوّنة** اعتبار القصد في هذا على حسب ما حكيناه. وفي **الموّازيّة** تعقّب هذه العبارة بأن قيل لمن قال: أقرضتُ ثوباً في مثله: ثقلتَ وأفسدتَ. ورأى أنّ حكم القرض/ تخيير القابض بين ردّ العين أو ردّ المثل. فإذا حصر الآمر[1] السائل إلى ردّ المثل، فقد أخرج القرض عن حكمه. وقد كنّا بسطنا الحكم في هذا في كتاب السّلم. وهل النّساء ممنوع في بيع العرض بمثله أو بأكثر منه من جنسه علّة في المنع لكون ذلك ربا؟ أو يمنع حماية للذّريعة لئلاّ يتحيّل على سلف بزيادة؟ فتارة اعتبرت ظواهر الألفاظ والبيع يفيد المكايسة والمتاجرة، وهذا المعنى لا يصلح في القرض. وتارة اعتبرت القصود لمّا كانت هذه العبارات ليست بعلَم على القصود يوثق به.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال: لا يخلو القرض من أن يكون عيناً أو ما ليس بعين. فإن كان عيناً مثل أن يسلف دنانير أو دراهم ببلد على أن يُقبضه المتسلّف ذلك/ ببلد آخر، فإنّ هذا يعتبر فيه القصد. فإن قصد دافع القرض الإحسان بذلك إلى قابضه والرّفق به، جاز ذلك. وإن قصد أن يضمنه له قابضه لما يتخوّف من غرر الطّريق، فإنّ في ذلك قولين: أحدهما أنّ ذلك ليس بجائز والثّاني جوازه.

وسبب الاختلاف في هذا أنّه قد تقرّر عندك ما قدّمناه مراراً أنّ السلف المشترط فيه النّفع لا يجوز. فإذا اشترط زيادة على ما أسلف، فذلك نفع محسوس لا إشكال في منعه. وإن لم يشترط زيادة ولكن تضمّن السلف من النّفع ما هو بمعنى الزّيادة، فإنّ ذلك ممنوع أيضاً، مثل ما صوّرنا في كتاب السلم وغيره من مسائل الرّبا الّتي يكون الرّبا محسوساً ومعنويّاً مقدّراً.

وقد علم أنّ الطعام والعروض إذا أسلفها مالكها في بلد ليقبضها في بلد آخر، فإنّه يحصل له في ذلك منفعة حمل مؤنة الكراء أو مشقّة السفر بها عنه،

---

(1) أي المُقرِض.

وأيضاً فيستفيد الأمنَ ممّا يتخوّف عليها من الطّريق. وإذاكانت هذه منافع مقدّرة متصوّرة في الطّعام والعروض، وجب المنع. فإذا كان القرض عيناً، فإنّ العين لا يكرى على حمله ولا يشقّ السفر به، فارتفع فيه تقدير هذه المنفعة وهي مقصودة في الغالب، ويبقى النّظر في الانتفاع بالضّمان. فإن لم يقصد دافعه طلب ضمان قابضه له، لم/ يبق وجه يوجب المنع. وإن قصدالضّمان، وجب أيضاً المنع وهو المذهب المشهور. واقتضت أيضاً أحكام الضّرورة وصيانة الأموال وما يلحق صاحب المال من شدّة الضّرر في منعه من صيانة ماله أو الانتفاع به إلى التّرخيص في مثل هذا. ويرفع الحرج فيه كما سبق بيانه في كتاب الصّرف لمّا ذكرنا أنّ أحد القولين عندنا جواز أن يأخذ صاحب الذّهب المكسور من صاحب السكّة ذهباً مسكوكاً، ويدفع صاحب الذّهب المكسور إجارة الضّرب إذا اضطرّ صاحب المال لذلك خوفاً من أن تفوته رفقة أو غير ذلك. فكذلك ها هنا تبيح الضّرورة إلى صيانة هذا المال من غرر الطّريق هذا السلفَ، وإن قصد فيه هذه المنفعة، فيكون الطّعام والعروض أبعد عن التّرخيص فيه من العين لأنّ فيه مع حصول الضّمان والأمن من غرر الطريق رفعَ مؤنة الحمل والكراء. لكنّه مع هذا قد وقع شاذّ في المذهب في التّرخيص فيه التفاتاً للضّرورة أيضاً. فأباح **حمديس** في **مختصره** للحاج أن يتسلّف طعاماً بشرط أن يقبض ببلد آخر، ومنع ذلك في **المدوّنة** إذا اشترط ذلك في أصل السلف وهو المشهور من المذهب. وقد يتصوّر أيضاً في قرض الحجاج هذا الطّعام أنّ القصد الرّفق والإحسان لقابض السلف، فيكون جواز هذا مبنيّاً على هذا القصد، كما قلناه في السفاتج، وهو قرض العين ليقضى ببلد آخر. وقد أباح في **المدوّنة** أن يقرض من له زرع شيئاً من زرعه/ لمن يتولّى حصده ودراسته، فإذا صار حبّاً قبض ذلك سلفاً إذا كان فاعل هذا لا يدفع له كبير مؤنة عن صاحب الزّرع لكونه محتقراً في جانب زرعه. وهكذا أباح في **كتاب ابن حبيب** في سنة الشّدّة أن يقرض من له طعام قد ساس وقدم طعامَه هذا ليقضى طعاماً جديداً سالماً من السوس لما ظهر أنّ مثل هذا لا يقصد به المنفعة لدافعه بل لقابضه، لأنّ دافعه لو شاء لباعه في

زمن الغلاء بثمن كثير، ولم يؤخّره ليأخذ عنه قمحاً جديداً يكون ثمنه أقلّ ممّا يحصل للدّافع لو باعه في زمن الغلاء. فأنت ترى كيف سومح في هذا كلّه إذا قصد بالسلف الرّفق والإحسان. ونص على إباحة هذا في السفاتج إذا كان القصد الرفق والإحسان. ولكنّه أمر أن يضرب للسلف أجل. فإذا حلّ الأجل، استحقّ أخذه حيثما وجد المتسلّف له. فإن لم يضربا أجلاً، ضرب لذلك من الأجل مقدار مسافة البلد.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال: منع في **المدوّنة** من أسلف رطلاً من خبز الفرن بشرط أن يأخذ في القضاء عنه رطلاً من خبز التّنور، وأباح أن يقضى عن الرّطل الّذي خبز في الفرن رطل ممّا خبز في التّنور، إذا تحرّياالصّواب. فأمّا وجه المنع من الاشتراط إذا تضمّن ذلك منعه[1] الدّافع، فإنّه واضح. وإن لم يتحقّق ذلك وتحقّق فيه حصول ربا النسا في العين أو/ الطّعام، فإن ذلك أيضاً يتّضح منفعة إذا كان بمعنى المبايعة. وقد ذكر في **المدوّنة**، في جواز قضاء هذا عن هذا إذا لم يكن بشرط في أصل السلف، التّقييدَ بتحرّي الصّواب. وهذا إنّما ذكره تنبيهاً على أحكام الرّبا، والوجه الّذي يعرف به التّماثل بين الطّعامين المخلص من الرّبا. وقد تقدّم في كتاب السلم في بيع العجين بالعجين أنّه لا يجوز متفاضلاً. وإنّما يعتمد في نفي التّفاضل على تحرّي ما في العجينين من دقيق، فإذا تساوى كيل الدّقيقين اللّذين عجنا، جاز مبادلة أحدهما بالآخر، على القول بجواز التّحرّي فيما فيه الرّبا، وأنّه يقوم مقام الكيل. وهكذا في **الموّازيّة** في سلف خبز مخبوز في الفرن يقضى عنه خبز تنّور، أنّ ذلك يتحرّى فيه الكيل. واستبعد بعض أشياخي هذا، فقال: إنّ الخبز قد صار بصنعته كصنف آخر، فجرى الرّبا بين الخبز والدّقيق لأجل أنّه كصنف آخر، والخبز ممّا يوزن، فلا معنى للتحرّي بالكيل، ويعتبر فيه ما يستعمل في صنف آخر وهو الدّقيق، وقد حكمنا بكون الدّقيق كجنس آخر مخالف للخبز، فكيف يعتبر الرّبا ويحصل العلم على السلامة في شيء بما يستعمل في جنسٍ خلافه يجوز الرّبا بينه وبينه، ولكن

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: منفعة.

ينبغي أن يتحرّى الوزن. ولكن تحرّيه لا يمكن إلاّ بأن يتحرّى وزن الدّقيق الّذي خبز منه خبز الفرن، والدّقيق الّذي خبز منه خبزالتّنور، لكون الوزن إن اعتبر تساويه في موازنة الخبزين، لكان ذلك لا يوثق به، لكون أحد الخبزين يكون فيه من الماء أكثر من الآخر، فيوقع هذا في التّفاضل، فدعت الضّرورة إلى اعتبار وزن الدّقيقين وإن كان الدّقيق ممّا يكال، فجعل ها هنا ممّا يوزن اتّباعاً لحكم الخبزين المطلوب التّساوي بينهما. فبهذا يعلم التّماثل بين الخبزين ويؤمن ممّا يوقع فيه اختلافُ ما عجنَابه من اختلاف مقدارهما/ . وقد كتب **ابن اللّبّاد** بخطّه على هذه المسئلة أنّ **سحنوناً** قال: كلّ ما يوزن فلابأس بالتّحرّي فيه. وهذا يمكن أن يكون أشار إلى الالتفات إلى هذه الطّريقة أو إلى القدح في جواز التّحرّي في هذا وربّما كان هذا أظهر.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال: كنّا قدّمنا في كتاب السلم الثّاني الكلام على جواز التّصديق فيما يشترى من الطّعام. ونحن نشير إلى ذلك/ ها هنا على الجملة. فالطّعام المقترض لا يجوز اقتراضه على تصديق دافعه في كيله. واختلف في تعليل ذلك، فقيل: لأنّه يقع فيه المخاطرة، فيأخذ قفيزاً من قمح على أنّه يردّ قفيزاً، مع تجويزه أن يكون دافع الطّعام القرضِ كذَبَ في كيله، فقد ضمن ردّ مكيلته معلومة وهو لا يعلم: هل حصلت له أو أكثر منها أو أقلّ؟ وهذا نوع من الغدر والمخاطرة، وذلك يقتضي المنع. وقيل: إنّما ذلك لأنّه قد يجد قابض الطّعام نقصاً، فلا يطلبه رجاء أن يكون دافع الطّعام يؤخّر به ويحسن في اقتضائه، فيكون/ ذلك كهديّة المديان. وسنذكر وجه منعها، وكذلك علّة النّهي في المنع من شراء الطّعام بثمن إلى أجل على تصديق بائع الطّعام في كيله. وأشار **ابن حبيب وابن عبدوس** إلى أنّ علّة المنع المخاطرة بالتزام ثمن عوضاً عن مكيلة لا يتحقّق مبلغها، فكأنّه قبضها والتزم الثّمن مخاطراً في العوض عنه.

وكذلك أيضاً يجري فيه التّعليل الآخر لهديّة المديان لأنّه إنّما يشتري بالنّسيئة عند شدّة حاجته وضرورته، فتمنعه هذه الحاجة والضرورة من القيام مخافة أن يسيء البائع اقتضاءَه في الثّمن. وقد قدح[1] بعض المتأخّرين في تعليل من علّل منع التّصديق في القرض على أنّ قابضه مصدّق في كيله مع تجويز أن يجد نقصاً، فيتجاوز عنه رجاء التّأخير. وهذا عندي قد ينفصل عنه بأنّ التّصديق إذا أسلم[2] البائع بخوف المشتري أو المقترض خصام الدّافع وتكذيبه لئلاّ يوحشه فيسيء اقتضاءه، وهذا هو الغالب في العادة أنّ تكذيب الدّافع المتفضّل بالقرض أو الّذي هو كالمتفضّل ببيع النّسيئة ممّا يؤدّي إلى الشّنئان. وإذا كان مالك الطعام سلّمه على تصديق المقترض أو المشتري، فإنّه لم تدعه ضرورة إلى هذا التّصديق فيلتزمه لأجل الضّرورة، ولولا أنّه يثق لمن سلم ذلك إليه ورضي بما يقول لما دخل معه على تصديقه. ألا ترى أنّ **مالكاً** أباح شراء الطّعام على التّصديق إذا بيع بالنّقد لكون قابضه لا يتخوّف غالباً من جهة البائع. ومنع منه إذا كان يشتري بالنّسيئة لما يتخوّف مشتريه من بائعه إذا أساء إليه. وقد قال بعض الأشياخ: إنّ القرض إذا وقع على تصديق قابضه، لم يفسخ. وقال **أبو بكر بن عبد الرّحمان** فيمن اشترى طعاماً بثمن مؤجّل على تصديق قابضه: إنّ ذلك يفسخ. قال: وقد كره التّصديق فيه، وإن بيع بالنّقد، فكيف بالنّسيئة؟ ولمّا سئل **مالك** عن علّة منع التّصديق في بيع الطّعام نسيئة، فقال: يدخل ذلك أمور شتّى ولم يفسرها. وقد ذكرنا نحن ما قيل فيها، كما كنّا قدّمنا في كتاب السلم التّعليل بأنّ الله سبحانه ندب إلى رفع التّشاجر والخلاف، ولهذا أمر بالإشهاد في التّبايع، وبسطنا القول فيه هناك.

---

(1) في الوطنية: خرّج.

(2) هكذا في النسختين.

فصـــل
في هديّة المديان

اعلم أنّا كنّا قدّمنا مذاهب العلماء في قوله: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[1]. وذكرنا هناك أنّ الجاهلية كانت تقول: تقضي أو تربي. والمعنى أنّ من كان له دين قد حلّ، طلب به من هو عليه، فإمّا أن يقضيه أو يؤخّره عليه بزيادة يزيدها فيه. وقدّمنا أيضاً في هذا الكتاب الدّلالة على صحّة القول بحماية الذّرائع. فإذا كان على رجل دين فأهدى هديّة لمن له الدّين، اتّهم أن يكون قصد بذلك أن يجعل ما سمّاه هديّة/ عوضاً عمّا يرجوه من تأخير الغريم./ وقد قدّمنا أنّ تأخير الدّين بزيادة فيه حرام، وأنّه ربا الجاهليّة. لكن إذا ظهر دليل يرفع هذه التّهمة، لم يمنع من ذلك. مثل أن يكون من عليه الدّين قد اعتاد متاحفة من له الدّين قبل أن يداينه، وبينهما من الوُصلة ما يعلم أنّ الهديّة لأجل ما بينهما من وصلة لا لأجل رجاء تأخير الدّين.

واختلف المذهب على قولين في جواز مبايعة أحدهما الآخر قبل حلول الأجل. فأجيز ذلك لأنّه عن معاوضة، وكون ذلك من معاوضة يمنع من تصوّره هبة. وكره أيضاً مخافة أن يقع التّسامح في المعاوضة، فتكون تلك المسامحة كالهديّة رجاء تأخير الدّين.

وينبغي أيضاً أن يلتفت إلى قرائن الحال. فإن ظهر ما يدلّ على قصد التّأخير، فسخنا البيع، وإن ظهر ما يدلّ على السلامة منه، أجزنا البيع.

وكذلك إذا وقعت المبايعة بعد حلول أجل الدّين، فإنّا لا نجيز ذلك.

---

(1) سورة البقرة: 275.

وذلك آكد في التّهمة لكون الدّين قد وجب على من هو عليه قضاؤه. وقد أجرى ذلك **عطاء** في القراض، فمنع قبول الهديّة فيه. وهذا لا يخلو أن تكون الهديّة ومال القراض ناضّ أو في سلع.

فإن كان ناضاً، فإنّه يتصوّر فيه علّة المنع، لأنّه يهدي إليه رجاء أن يقرّ ذلك في يديه أو تكون الهديّة من ربّ المال، ويفعل ذلك رجاء أن يخدمه فيه، فيصير ذلك كزيادة ينفرد بها ربّ المال أو العامل. وقد تقرّر أنّ اشتراط زيادة في القراض لا تجوز.

واختلف المتأخّرون إن كان مال القراض قد شغل في سلع، يكره ذلك لتصوّر التّهمة في كون الهديّة تمادي العمل، أو لا تتصوّر التّهمة لكون العمل قد لزم المتعاقدين جميعاً. وينبغي أيضاً أن يلتفت إذا كان المال ناضاً إلى الخلاف في القراض، هل لأحد المتعاقدين الرّجوع عنه قبل أن يشرع في العمل فتكون الهديّة كزيادة مشترطة في العقد. أو العقد لازم بالقول فيصير ذلك كما لو شغل مال القراض.

قال القاضي أبو محمّد رحمه الله: ويجوز اقتضاء الذّهب من الورق، والورق من الذّهب إذا حلاّ وتطارحاهما صرفاً[1].

قال الشّيخ رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل ستّة أسئلة منها أن يقال:

1 ـ ما أنواع وجوه المقاصّة؟

2 ـ وما الأصناف الّتي يقع المقاصّة بها؟

3 ـ وما حكم المقاصّة بالطّعامين؟

4 ـ وما حكمها بالعرضين؟

5 ـ وما حكمها بالعينين؟

6 ـ وهل تتطرّق التّهمة منها إلى أصل المداينة؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: المعتبر في أنواع المقاصّة جنس

---

(1) ط. المغربية: 111. ط. مكة المكرمة، 2:378.

الدّينين، هل يتساويان، أو يختلفان؟ وسببهما وأجلهما؟ فاعتبار الجنسين بأن ينظر في الدنانير[1] إذا كانا طعامين، هل هما من صنف واحد كقمح سمراء وقعت المقاصّة به عن قمح سمراء، وسبب الدّينين مثل أن يكون الطّعامان جميعاً سلمين أو قرضين، أو أحدهما سلماً والآخر قرضاً، وأجلهما/ يعتبر، هل يكون متّفقاً أو مختلفاً أو حلّ أو لم يحلّ، أو حلّ أحدهما؟ وهكذا يجري التّمثيل فيما سوى الطّعامين.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: الأصناف الّتي تقع المقاصّة بها: طعامان أو عرضان أو عينان. وكلّ واحد من هذه الأنواع ينقسم إلى ما تقدّم من اعتبار الجنسيّة والسببيّة والأجلية[2]. ونحن نتكلّم على كلّ فصل من هذه الأنواع.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: إذا كان لرجل على رجل طعام، وللآخر عليه طعام، فلا يخلو أن يكون الطّعامان متماثلين في الجنس والصفات، أو مختلفين. ويكون أيضاً سببهما وأجلهما متماثلاً أو مختلفاً. فإن تماثل الطّعامان في الجنس والصفة، فلا يخلو أن يكونا/ سلمين أو قرضين أو أحدهما سلماً والآخر قرضاً.

فإن كانا سلمين واختلفت رؤوس أموالهما بالجنسيّة أو بالقلّة والكثرة، منعت المقاصّة على الإطلاق. وإن تساوى رأس المال فيهما في الجنس والمقدار، فهاهنا قولان: منع ذلك في **المدوّنة**، وأجازه **أشهب**.

وينبغي أن نقدّم لك هاهنا مقدّمة منها تعلم سبب الاختلاف في هذا الباب وسبب الوفاق. فاعلم أنّ هذه المقاصة وإن كان ظاهرها الجواز، فربّما أوقعت في محرّم. والجائز إذا أوقع في محرّم منع. والمحرّم هاهنا بيع الطّعام قبل قبضه، وبيع الطّعام بالطّعام نسيئة، والدّين بالدّين. فإذا كان لهذا على هذا طعام

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الدينين.

(2) في الوطنية: المحلية، وهما بمعنى.

من سلم وللآخر عليه مثله، فتاركا على المباراة، فإنّ كلّ واحد منها لم يخرج من ذمّته ومن تحت ذمّته ما يقتضيه، ولكنّه باع ماله بما عليه لمن اشترى ذلك منه، صورة ممنوعة وهي بيع الطّعام قبل قبضه. وأيضاً إنّه إذا لم يقع التّناجز في ذلك، دخله النّساء في بيع الطّعام، والدّين بالدّين. لكن إنّما تتحقّق هاتان العلّتان بعد تحقّق البيع، والبيع ممنوع. ويصحّ أن يُجتزأ به في المنع من المقاصّة. لكن علم أنّ الإقالة رخصة مستثناة من بيع الطّعام قبل قبضه. ولكن من شرْط جوازه أن يكون برأس المال جنساً ومقداراً. وإذا اختلف الثّمن في الإقالة، خرجت عن قصد المعروف الّذي هو سبب جوازها والتّرخيص فيها إلى حدّ المبايعة والمكايسة، فبقيت في المنع على الأصل. والذّمم قد تختلف في الغنيّ والفقير، فتقع المكايسة في المقاصّة لأجل اعتقاد كلّ واحد من هذين المتعاملين في ذمّة صاحبه. ولو كان لرجل على رجل طعام مؤجّل، لجاز تعجيله، ولم يحمل ذلك على المكايسة لمّا كانت ذمّة/ واحدة فيها هذا الدّين المؤجّل، ثمّ صار معجّلاً. بخلاف ذمّتين يختلف حالهما في حين المقاصّة. فإذا تساوت رؤوس المالين في السلمين، جازت المتاركة على معنى الإقالة. فإذا كان هذان قادرين على المتاركة بالتّقايل ولا يتّهمان على العدول إلى ما لا يجوز، مع كونهما لهما سبيل إلى اجتنابه لفعل ما يجوز. ورأى **ابن القاسم** أنّ هذا لمّا لم يقصد به الإقالة تُصوّر فيه حقيقة المبايعة مع اختلاف الذّمّتين اللّتين وقع التّبايع بما فيهما، فمنع ولم يجر مجرى الإقالة.

وإن تساوى السبب أيضاً ولكنّهما طعامان متماثلان قرضاً[1]، فإنّ المقاصّة جائزة على الإطلاق، تساوى الأجل أو اختلف حلّ الأجل أو لم يحلّ، وهذا لأجل بيع الطّعام القرض قبل قبضه جائز. فارتفعت هذه العلّة الّتي تصوّرت في السلم، فمنعت منه، فجاز ذلك في القرض. وأيضاً فإنّ طريقه المعروف والرفق، وما كان هذا شأنه لا يتطرّق إليه من التّهم ما يتطرّق إلى ما

(1) في المدنية: قرضان.

طريقه المكايسة. لكن قد ذكر اختلاف في جواز المقاصة بين ذهبين متساويين في الجنس والسكّة. وأجاز ذلك في **المدوّنة** على الإطلاق، ومنعه **ابن نافع** إلاّ بشرط أن يحلّ أجل الذّهبين، وروي أيضاً عن **مالك** منعه إذا اختلف الأجل، وتوقّف فيه إذا تساوى الأجل على ما سنذكره بعد هذا. فبعض الأشياخ يجري هذا الخلاف الّذي ذكرناه في جواز المقاصّة بين ذهبين وفي جواز المقاصّة بين طعامين قرضين لكون الذّهب يجوز بيعه قبل قبضه، والطّعام يجوز بيعه قبل قبضه إذا كان قرضاً، ولا يحلّ النّساء في بيع الذّهب بالذّهب والطّعام بالطّعام. ورأى إجراء الخلاف المذكور في الطّعامين بأن يكون أحدهما من قرض والآخر من سلم. فمذهب **ابن القاسم** المنع إلاّ بشرط أن يحلّ أجل الطّعامين/ جميعاً. واختلف قول **أشهب**، فروي عنه الجواز إذا حلاّ جميعاً أو حلّ أحدهما. وروي عنه التقييد في ذلك بأن يكون الّذي حلّ منهما هو السلم. وأجاز **ابن حبيب** المقاصّة إذا اتّفق الأجلان وإن لم يحلاّ جميعاً. وقد قدّمنا لك من التّنبيه على علل المنع والجواز في هذا الباب ما يجري في هذا الخلاف. وذلك أنّا ذكرنا أنّ/ الطّعامين إذا كانا سلمين، منعت المقاصّة من أجل أنّ كلّ واحد منهما بُني الأمر فيه على المكايسة وقصد المبايعة. وإن كانا قرضين جازت المقاصّة لكون كلّ واحد منهما بني على المعروف، فإذا افترق حالهما في هذا، فكان أحدهما، وهو السلم، بني على المكايسة، والطّرف الآخر، وهو القرض، بني على المعروف. فغلّب **ابن القاسم** حكم المعروف على حكم المكايسة بشرط أن يحلاّ، لأنّهما إذا حلاّ، ارتفعت الأغراض، وإذا كانا لم يحلاّ أو حلّ أحدهما، تصوّرت الأغراض لأجل اختلاف الذّمم، فوجب المنع. ورأى **ابن حبيب** تغليب حكم المعروف، فأجاز ذلك وإن لم يحلّ إذاً الآجال[1] لتقارب الأغراض مع تساوي الآجال. ورأى **أشهب** أنّ بحلول أحدهما يمنع من تصوّر تباعد الأغراض، لأنّ ما حلّ قد أُمِن على الذّمّة فيه، وما لم يحلّ، فإنّه وإن لم يؤمن على الذّمّة فيه، فإنّه لا يقابل هذا التّخوّف على الذّمّة التخوّفَ على ذمّة

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وإن لم يحلاّ إذا اتفقت الآجال.

أخرى. ورأى مرّة أخرى أنّ الأجل في السلم حق لهما جميعاً، فلا يجبر من هو عليه على تعجيله قبل أجله، ولا من هو له على قبوله قبل أجله، فصار عدم الحلول يوجب قصد المكايسة منهما جميعاً لكون الأجل فيه حقّاً لهما، فاعتبر حلولهما خاصة. والقرض الآجل حقّ لمن هو عليه لا لمن هو له، فلم يتّضح اختلاف الغرض فيه لكون الأجل حقّاً لواحد منهما دون الآخر، بخلاف السلم الّذي الأجل فيه حقّ لهما جميعاً.

هذا حكم الطّعامين إذا كانا متماثلين. ولو كانا جنسين وقد حلاّ جميعاً، فإنّ ذلك يمنع، إلاّ أن يكونا من قرضين. لأنّه إذا كان لأحد الرّجلين على الآخر قمح، ولهذا عليه تمر، فإنّ المقاصّة بين التّمر والقمح ليست مقاصّة على الحقيقة، وإنّما هي بيع طعام بطعام فيهما الأغراض[1] فمنع، إلاّ أن يكونا حلاّ جميعاً وهما من قرض، فإنّه ترتفع علل المنع إذا تناجزا في التّقابض. وقد علم أنّ بيع القرض قبل قبضه جائز.

وأمّا إن لم يحلاّ جميعاً، فإنّ ثبوت الأجل فيهما أو في أحدهما يقتضي النّساء والتّأخير في بيع طعام بخلافه. وقد علم أنّ من شرط بيع الطّعام التّناجز كالصرف، وحصول الأجل فيهما أو في أحدهما يمنع التّناجز./ هذا هو الطّريق المشهور من المذهب. لكن إذا قلنا: إنّ المقاصّة القصد بها المتاركة والمباراة لا مبايعة منسي بمنسيّ، وأنّ ما في الذّمم من المؤجّل كالحال، اقتضى هذا جواز ما منعناه في هذا الوجه لأجل علّة النّساء. وهكذا إذا جرى فيما تقدّم من المسائل اقتضى جواز كثير ممّا منعناه فيما تقدّم وما نمنعه في ذلك ممّا يعدّ إذا كان علّة المنع النّساء والتّأخير.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال: أمّا العروض، فإنّ التّقاصص فيها يتنوّع إلى ما ذكرناه من اختلاف الآجال واختلاف الأسباب. فإذا كان لرجل على رجل عروض وللآخر عليه مثلها في الجنسيّة والصفة، فإنّ المقاصّة بينهما جائزة

---

(1) أي: تختلف فيهما الأغراض.

على الإطلاق من غير التفات إلى تماثل الآجال واختلافها أو تساوي الأسباب واختلافها. وهذا لأنّه لا غرض هاهنا يقتضي التّهمة على القصد على الوقوع في إحدى المحرّمات الّتي تقدّم ذكرها، لكون المتاركة هاهنا والمباراة لا يظهر فيها قصد إلى المكايسة والمغابنة في التّعاوض، لكون كلّ واحد منهما إنّما أعطى/ مثل ما أخذ سواء بسواء، فكأنّهما لم يتعاوضا، وإذا قدّر كذلك، فلا يتصوّر القصد إلى التّحريم الّذي اعتبرناه في المعاوضة. ولا يتصوّر في هذا من ناحية اختلاف الآجال أيضاً، لأنّ كلّ واحد منهما يقدّر فيه أنّه إن حلّ الأجل، وهو موسر، فإنّه يؤخذ بقضاء ما عليه. وإن حلّ، وهو معسر، فإنّ الطّالب له حبس ما عليه فيما له عنده. وهو أيضاً يوجب أن لا يلتفت لاختلاف الأسباب من كون الدّينين من بيعين أو من قرضين أو أحدهما من قرض والآخر من بيع، لما قدّمناه من أنّ التّماثل يرفع تصوّر اختلاف الأغراض من ناحية الآجال، فكذلك يرفعها من ناحية اختلاف الأسباب.

وأمّا إن اختلف جنسا العرضين مثل أن يكون أحدهما أكسية والآخر أردية، فإنّ الآجال هاهنا إذا اتّفقت، جازت المقاصّة، لكون اتّفاق الآجال يرفع تصوّر القصد إلى المكايسة كما رفعها تساوي العرضين في الصفات. فإذا تماثل العرضان ـ لم يلتفت إلى اختلاف من ناحيتين بأن تختلف الأجناس وتختلف الآجال ـ لم تجر المقاصّة/ إلاّ بشرط أن يحلّ الدّينان جميعاً، لأنّهما إذا حلاّ جميعاً، صارا بحلولهما كمتّفقي الأجلين في مبدإ المعاملة، وارتفع بحلولهما القصد إلى المكايسة. واختلف المذهب إذا حلّ أجل أحدهما، ففي **المدوّنة** جواز المقاصّة، وقدّر أنّه بحلول أحدهما، ارتفع قصد المكايسة فيه، وما يقع في النّفس من التخوّف على الدّين قد أمن منه في جانب ما حلّ، فضعفت التّهمة بالقصد إلى المكايسة. بخلاف أن لا يحلّ واحد منهما لأنّ المكايسة دائرة فيهما من الطّرفين جميعاً. وفي **الموّازيّة** المنع من هذا وإن حلّ أحدهما لأجل ما يتصوّر في الّذي لم يحلّ من القصد إلى المكايسة والمخاطرة فيه لكونه مؤجّلاً. هذا حكم المقاصّة بالعرضين المختلفين بالأجناس والمتّفقين في الأجناس والصفات.

وأمّا العرضان المتّفقان في الجنسيّة المختلفان في الصفة، فإنّ أجليهما إذا اتّفقا جازت المقاصّة، لما قدّمنا من كون اتّفاق الآجال يضعف مع[1] التّهمة بالقصد إلى المكايسة.

وأمّا إن اختلفت الآجال ولم يحلاّ، فإنّك تلتفت هاهنا إلى تنوّع الأسباب، فإن كان الدّينان من مبايعة منعت المقاصّة إذا كان أحد الدّينين أجود من الآخر، لأنّا نمنع في العرض إذا كان ديناً مؤجّلاً أن يعجّل ما هو أدنى منه، لأنّ ذلك وضع على تعجيل، وقد قدّمنا المنع منه، أو يعجّل ما هو أجود منه، لأنّ ذلك معاوضة على طرح الضّمان كما تقدّم بيانه في موضعه. وكذلك إذا كانا من قرضين، فإنّ أحدهما إذا أخذ أجود من الآخر، صار من قِبل الأدنى من حقه رضي بتعجيل على إسقاط بعض حقّه، وقد قدّمنا أنّ ذلك لا يجوز.

وإن كانا مختلفي الأسباب أحدهما من بيع والآخر من قرض، فإن كان ما حلّ منهما أو ما هو أقرب حلولاً هو القرض، لم تجز المقاصّة على حال، لأنّ الّذي حلّ أو كان الأقرب حلولاً إن كان خيراً من المبيع، فقد حطّ الضّمان الّذي يجب عليه في السلم على ما بذله من زيادة جودة القرض الّذي له. وإن كان القرض الّذي حلّ هو الأدنى، فقد وضع من السلم، الّذي له، على أن عجّل. وأنت إذا علمت أنّ ما يُوقع في ضع وتعجّل، أو حطّ الضّمان وأزيدك، ممنوع، اعتبرت فيما يكثر تعداده من هذه الأقسام كونَ ما حلّ، أو كان أقرب حلولاً كالمقبوض المدفوع عن الدّين الآخر الّذي يتأخّر حلوله، فيعتبر هل يوقع في أحد هذين الوجهين الممنوعين، فيمنع منه؟ وقد علمت أنّ ما كان/ من العروض سلفاً في الذّمّة يمنع تعجيل ما هو أجود منه في الصفة أو أدنى، وما كان قرضاً يمنع من/ تعجيل ما هو أدنى منه في الصفة لِمَا تصوّر فيه من وضع بشرط التّعجيل، إذ لا يلزم من عليه القرض أن يعجّله قبل أجله إلاّ برضاه، ولا يمنع تعجيل ما هو أجود منه في الصفة لكون من عليه القرض له أن يعجّله وإن

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف مع.

كره ذلك من له القرض. فإذا كان ذلك من حقّه، فلا يفتقر إلى أن يبذل زيادة ليرضى من له الحقّ بقبوله منه.

ونبّهناك أيضاً على أنّ الأجلين وإن لم يحلاّ، فإنّه يعتبر فيهما الأقرب حلولاً، فيقدّر أنّه كالحال. ثمّ تتفقّد فيه هذه الوجوه الممنوعة في القرض والبيع من وضع على تعجيل.

ويفترق حكم البيع والقرض في زيادة عوض الرّضى بقبول التّعجيل، فيمنع ذلك فيما كان بيعاً، ويجوز فيما كان قرضاً.

ويعتبر أيضاً في القرض وجه آخر وهو كونه قد زيد في عدده على أصل القرض، فإنّا كنّا قدّمنا أنّ قضاء القرض لا تمنع منه الزّيادة في جودة الصفات ويمنع منه الزّيادة في العدد في المشهور من المذهب. وذكرنا ما فيه من الاختلاف فيتفقّد أيضاً هاهنا، هل توقع المقاصة في زيادة من اقترض في عدد ما اقترض فيمنع على المذهب المشهور أم لا؟ فتستعمل هذه النّكت في المقاصّة بالدّينين اللّذين حلاّ، أو لم يحلاّ، أو أحدهما أقرب حلولاً، أو حلّ أحدهما دون الآخر، وهما قرضان أو بيعان، أو أحدهما قرض والآخر بيع. فلا تنفك مسئلة من هذه الأقسام من اعتبار ما نبّهناك عليه ممّا منع أو يجوز. ويتصوّر أنّ الّذي حلّ أو كان أقرب حلولاً، كأنّه عجّل عن الدّين الآخر المتأخّر، فيعتبر في صفة التّعجيل ما قدّمناه من التّنبيه على ما يجوز وما لا يجوز. وما نبّهنا عليه من منع الزّيادة في عدد ما يقضى في القرض لا الزّيادة في جودته.

واعلم أنّ في **المدوّنة**[1] ذكر في المقاصّة بذهبين متساويين في الجنسيّة والصفة، مختلفين في العدد، وهما قرضان، أنّ ذلك يمنع، قولاً مطلقاً. وكان بعض أشياخي يعتبر في هذا أجل المداينة في القرض، فإن ما اقترض[2] أوّلاً أقلّ عدداً، أو ما اقترض بعد ذلك أكثر عدداً، منعت المقاصّة، وقدّر أنّ المقاصّة

---

(1) في نسخة المدنية: الموازية.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فإن كان ما اقترض.

كاللّغو، والقضاء إنّما تصوّر حين الاقتراض الثّاني. فكأن من اقترض أولاً سبعين ديناراً، ثمّ اقترضه من له ذلك عليه مائة دينار، فإنّ ذلك كالقضاء عن القرض بزيادة عدد فيه، وذلك ممنوع. وظاهر نقل أهل المذهب اعتبار الزّيادة في العدد حين المقاصّة من غير التفات إلى زمن أحد القرضين.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال: إذا كان لرجل على رجل دنانير، وللآخر عليه مثلها في/ السكّة والجودة والوزن، فإنّ المقاصّة بينهما جائزة على الإطلاق، في المشهور من المذهب، من غير التفات إلى اختلاف أسباب الدّين ولاختلاف[1] الآجال، لما قدّمناه في القرضين من كون اتّفاقهما في الجنسيّة والصفة توجب ألاّ يلتفت إلى الاختلاف في الآجال. فإن اتّفقت، فإنّه سئل عن ذلك فقال: هاه، إشارة إلى ترخيص في هذا مع تردّد فيه.

وهذا الخلاف الّذي ذكرناه عن **ابن نافع** وعن رواة **أشهب** أجراه بعض أشياخي في المقاصّة بالقرضين إذا اتّفقا. وأمّا إن كان العينان مختلفي الجنس كدنانير على رجل، وله على الآخر دراهم، فإنّ المقاصّة لا تجوز إلاّ بشرط أن يحلاّ على حسب ما ذكره القاضي **عبد الوهاب** هاهنا فيما نقلناه عنه وبسطناه هذا البسط. وأشار من لقيته من الأشياخ وبعض من تقدّمهم من أشياخهم على أنّ جميع ما قدّمناه/ فيما منعناه من المقاصّة في سائر هذه الأقسام، يتخرّج جوازه على القول بأنّ ما في الذّمم حكمه، كحكم المقاصّة، حكمُ ما حلّ. لأنّ القصد على هذه الطّريقة بالمقاصّة المتاركة والمباراة من الطّلب لا التّعاوض من دين بدين حتّى ينظر في ذلك إلى ما يحلّ ويحرم من الوجوه الّتي قدّمناها. وإذا كان هذا هو القصد بالمقاصّة وخرجت عن حكم المعاوضة على هذا المذهب، لم يمنع منها إلاّ ما يمنع من المقاصّة بدينين حلاّ جميعاً لوجه يقتضي المنع من ذلك مع حلول الدّينين جميعاً. وأنت ينبغي أن تجري ما قدّمناه من التّنبيه لك في المقاصّة بالعروض من اعتبار الوقوع في ضع وتعجّل، أو الزّيادة في عدد

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ولا اختلاف.

القرض في مسائل المقاصّة بالذهبين المتساويين. لكن تعلم أنّ الذّهب لا يدخله حطّ الضّمان على زيادة، لأنّ من هو عليه له تعجيله. ويدخله ضع وتعجّل، كما يدخله المنع من الزّيادة في عدد القرض في القضاء، على حسب ما تقدّم تفصيله، وذكر ما وقع فيه من الرّوايات وما قاله بعض أشياخي. وقد أشار بعض الأشياخ إلى أنّه يجب جواز المقاصّة بالعرضين إذا اختلف جنسهما واتّفق أجلهما، ولكنّه لم يحلّ أجل واحد منهما. كما منع المقاصّة والمطارحة بذهب عن فضّة إذا لم يحلاّ وإن اتّفقت آجالهما. وأشار إلى أنّه قد يفرّق بين السؤالين بأنّ الدّين الواحد المؤجّل يجوز أن يؤخذ عنه قبل أجله جنس آخر مخالف له، إذا كان الدّين وما أخذ عنه من العروض الّتي يجوز قضاء بعضها عن بعض. ويمنع في الدّين الواحد، إذا كان دنانير أو دراهم، أن يأخذ أحد النّوعين من هذين عوضاً عن الآخر إذا لم يحلّ الأجل. وهذا لا يتّضح إلاّ بأن/ يقال فيه: إنّا إذا أجزنا المقاصّة بين العرضين المختلفين إذا اتّفقت آجالهما ولم يحلاّ، فإنّا إنّما رخّصنا في وجه واحد وهو بيع الدّين بالدّين. وإذا أجزنا ذلك بالمقاصّة بدنانير عن دراهم قبل الأجل، انضاف إلى هذا الوجه الصرف المستأخر وهو نوع من أنواع الرّبا، فوجب المنع فيه لأجل أنّه انفرد في التّعليل بهذه العلّة الّتي لا توجد في العروض. وأمّا إذا أجرينا على أسلوب الطريقة الّتي نبّه عليها بعض الشّيوخ، وفي تقدير المقاصّة بدينين مؤجّلين كالمقاصّة بدينين حالين، فإنّ مقتضى هذا إجراء الجميع على حكم واحد. وعلى هذا يجري القول في المقاصّة ما بين طعامين مختلفي الجنس لكون تعليل المنع يتصوّر فيها منه ما يتصوّر في العروض.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال: إذا تقرّر ما يمنع من المقاصّة لما صوّرنا فيها من العلل الّتي نبّهناك على اعتبارها، فإنّ بعض الأشياخ نبّه على تفقّد طريقة أخرى، وهي اعتبار أهل المعاملة حتّى يعلم منه ما يجوز أن يؤخذ عمّا تقرّر في الذّمّة من الدّين، وتعتبر فيه الشّروط الّتي قدّمنا لك في كتاب السلم. وإذا أسلم رجل لرجل في عروض دنانير، وأسلم إليه الآخر في عروض مثلها

دراهم، فإن هذا تمنع فيه المقاصّة، وإن كنّا قدّمنا إجازة المقاصّة في العرضين المتماثلين، وذلك أنّه هاهنا اختلف رأس المال، فكان رأس مال أحد العرضين دنانير، ورأس مال العرض الآخر دراهم، فإذا تقاصّا، قدّرت المقاصّة مطرحة على حسب ما نبّهنا عليه في أوّل هذا الكتاب. وإذا قدّر ذلك في المقاصّة، حصل منهما أنّ أحدهما دفع دنانير وأخذ عنها بعد مدّة/ دراهم. وهذا صورة الصرف المستأخر وهو ممنوع. واستشهد من ذهب إلى هذا بما ذكرناه في كتاب السلم فيمن أسلم دنانير في عروض وأخذ رهناً بالسلم ممّا يضمن بالدّراهم، فإنّه اعتبرنا فيه هناك ما يجوز أن يؤخذ عن رأس المال أيضاً. فهكذا يعتبر هاهنا.

هذه أحكام المقاصّة مع اختلاف الأجناس والأسباب والآجال، وقد بيّناها. وذكر في كتاب الآجال في **المدوّنة** مسئلة من أخذ عن دنانير من له دين على رجل سلعةً بعينها حاضرة، ثمّ دخل صاحب السلعة إلى بيته قبل أن يقبضها من له الدّين، ثمّ خرج، أنّ هذه المفارقة لا توجب فسخ هذه المعاوضة لأجل الافتراق قبل القبض فيما عاوض به عن دين. وذكر في كتاب البيوع الفاسدة في هذا السؤال أنّ هذا يُمنع ويؤثّر في هذه المعاوضة. ولكنّه لم يذكر في كتاب البيوع الفاسدة أنّه أخذ عن الدّين سلعة بعينها حاضرة، ولكنّه قال: أخذ سلعة. فأشار **يحيىٰ** أنّ ذلك اختلاف/ قول. ومال قوم من الأشياخ إلى أنّه ليس باختلاف قول. واختلف اعتذارهم عن ذلك، فقال بعضهم: إن كانت السلعة حاضرة معيّنة، فقد صارت في ضمان مشتريها بالدّين الّذي له وإن لم يقبضها. وإن لم تكن السلعة حاضرة ولا معيّنة، فإنّها باقية في ضمان من عليه الدّين، وبقاء الضّمان عليه يتصوّر فيه معنى فسخ الدّين في الدّين، لكون الدّين الأوّل مضموناً في ذمّته، وكون هذا العرض الّذي أخذ مضموناً أيضاً. وقدح بعضهم في هذا الاعتذار، وقال: لا يعتبر في مثل هذا الضّمانُ، وإنّما يعتبر تأخير القبض لأنه كالتّأخير(1) يشبه فسخ الدّين في الدّين، ألا ترى أنّ **ابن القاسم** يمنع أن يؤخذ من دين دار معيّنة غائبة، وإن كانت الدّيار إذا بيعت على الصفة وهي

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بالتأخير.

غائبة ضمانُها من مشتريها بالعقد، دلّ هذا على أنّه لا وجه لاعتبار الضّمان عنده. ولكن العذر عن اختلاف وقع في الكتابين أنّه ذكر في أحدهما مقدار التأخير عن القبض وهو دخول البيت والخروج منها، وهذا زمن يسير معفوّ عنه في مثل هذا. وأطلق الافتراق في الكتاب الآخر، فيحمل على أنّ القبض وقع فيه تأخير ممنوع منه. وقد كنّا ذكرنا أحكام ما يؤخذ عن الدّين وفسخ الدّين في الدّين. وذكرنا هذا في هذا الموضع لذكره ذلك في **المدوّنة**.

كتب البيوع الفاسدة



بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

صلّى الله على سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلّم تسليما

كتاب البيوع الفاسدة[1]

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله: كتاب البيوع.

كلّ بيع فالأصل فيه الجواز، إلاّ ما تعلّق به ضرب من ضروب المنع. وفساد البيع يكون بوجوه: 1 ـ منها ما يرجع إلى المبيع، 2 ـ ومنها ما يرجع إلى الثّمن، 3 ـ ومنها ما يرجع إلى المتعاقدين، 4 ـ ومنها ما يرجع إلى صفة العقد، 5 ـ ومنها ما يرجع إلى الحال الّتي وقع فيها البيع[2].

وربّما انفرد بعض هذه الأقسام بنفسه وربّما تداخلت.

فأمّا ما يرجع إلى المبيع فككونه[3] ممّا لا يصحّ بيعه، وذلك كبيع الحرّ والخمر والخنزير في حقّ المسلم، وبيع النّجاسات وما لا منفعة فيه كخشاش الأرض والكلاب. واختلف فيما يجوز الانتفاع به منها.

وما[4] يرجع إلى الثّمن فككونه ممّا لا يصحّ المعاوضة/ بجنسه. ويرجع ذلك إلى أنّه لا يصحّ بيعه.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل اثنا عشر سؤالاً منها أن يقال:

---

(1) هكذا في النسختين، وفي التلقين: كتاب البيوع.

(2) هكذا في النسختين، وفي نسختي التلقين: العقد.

(3) في التلقين: عند الغاني: فبكونه، وفي المغربية: فلكونه.

(4) وفي نسخة الغاني: وأما.

1 ـ ما حقيقة البيع؟

2 ـ وما يجوز العقد عليه أو يمنع؟

3 ـ وهل يجوز بيع المائعات النجسة؟

4 ـ وهل يجوز بيع جلود الميتة؟

5 ـ وهل يجوز بيع فضلات غذاء الحيوان؟

6 ـ وما/ حكم شعر الميتة؟

7 ـ وهل يجوز بيع المسك؟

8 ـ وهل يجوز بيع الكلب؟

9 ـ وهل يجوز بيع الصور؟

10 ـ وهل يجوز بيع جلد الضحايا والهدايا؟

11 ـ وهل يجوز بيع الماء؟

12 ـ وهل يجوز بيع ما يستعان به على ما لا يحلّ؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: البيع هو نقل الملك بعوض. وهذا الكلام يتضمّن إثبات ثمن/ ومثمون، وناقل، ومنقول إليه، وصفة النّقل. وهذا يحوج إلى الكلام في المعقود عليه، وصفة العقد، وصفة المتعاقدين.

وإذا قلنا: إنّ البيع الفاسد ينقل الملك كان بيعاً على الحقيقة. وإن قلنا: لا ينقل الملك، لم يكن بيعاً على مقتضى هذا الرّسم الّذي رسمنا به الحدّ من جهة معناه. لكن العرب قد تكون التّسمية عندهم حقيقة لاعتقادهم أنّ الملك قد انتقل، على حكمهم في الجاهليّة، وإن كان لم ينتقل، على حكم الإسلام، فتكون التّسمية حقيقيّة على مقتضى أصل وضعهم، ومجازاً على ما اشتقوا منه التّسمية بالإضافة إلى اعتقاد أهل الشّرع.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: ينبغي للفقيه أن يعتني بالنّظر في هذا الفصل، فإنّه تتفرّع عنه مسائل كثيرة. فيعلم أنّ سائر الموجودات الّتي يَحوزُها الإنسان للمنفعة بها لا تخلو من أن تكون ممّا لا يصحّ تملكها ولا انتفاع بشيء

من منافعها، أو تكون ممّا يصحّ تملّكها والانتفاع بمنافعها كلّها، أو ممّا يصحّ تملّكها ويحلّ الانتفاع ببعض منافعها دون بعض.

فإن كانت ممّا لا يصحّ تملّكها، فلا خفاء أنّ بيعها لا يصحّ. لأنّا كنّا قدّمنا أن حقيقة البيع نقل الملك بعوض، وإذاً لم يتصوّر البيع الّذي هو تابع للملك وفرع، كما أنّ الملك وصحّته قد يكون تابعاً لجواز الانتفاع وفرعاً عنه. وهذا القسم أحد أمثلته الخمر، فإن بيعها لا يصحّ لمّا كان ملكها لا يصحّ، وملكها إنّما لم يصحّ لأنّ الانتفاع بسائر منافعها لا يجوز لتحريمه. وقد نبّه ﷺ على هذا المعنى بأحسن تنبيه. فخرج **في الصحيحين أنّه عليه السلام ذكر أنّ الله تعالى حرّم بيع الخمر والميتة والدّم والأصنام.**[1] فقيل: يا رسول الله، إنّ شحوم الميتة تطلى به السفن ويستصبح. **فقال: «لا، هو حرام، لعن الله اليهود حرّمت عليهم الشّحوم فباعوها وأكلوا ثمنها»**[1] الحديث المشهور. فنبّه ﷺ على أنّ الشّحم لما حرّم على اليهود أكله وهو المقصود، وجب أن يمنع البيع كالمعاوضة عمّا لا ينتفع به، وذلك من أكل المال بالباطل. وقد ورد في الكتاب والسنّة النّهي عنه. وهذا جار على ما أصّلناه وبيّناه في الخمر. وكذلك ما ذكر معه من الميتة والدّم وغير ذلك ممّا في معناهما ممّا ذكر في هذا الحديث/ . وفي غيره علّة المنع من بيعه ما نبّهنا عليه من تحريم الانتفاع به، وتحريم الانتفاع به يمنع من تملّكه. ولا ينقض هذا بكون الإنسان يملك أباه ولا يحلّ له استخدامه والانتفاع به في مثل هذا المعنى، ثمّ لم يكن المنع من الانتفاع به يحيل صحّة ملكه لأنّ الأب يُملك بالشّراء. ولولا أنّه يملك بالشّراء لما عَتَق على ولده. فقد صحّ هاهنا الملك مع تحريم الانتفاع بالمملوك. لأنّ هذا إنّما أبحنا شراءه، وإن كان لا ينتفع به، وجعلناه مملوكاً بالشّراء، لأنّه قد تضمّن فعل قربة لله سبحانه وهو برّ الوالدين، والقُرَبُ/ إلى الله سبحانه أعظم المنافع. فإذا فات هاهنا تصوّر المنفعة بالأب من ناحية الدّنيا، لم يفت تصوّر ذلك من ناحية الآخرة.

---

(1) فتح الباري ج5 ص 329/330 واللفظ لمسلم. إكمال الاكمال ج4 ص 260/262

فلم ينخرم ما أصّلناه، ولم يُبَح البيع والشّراء إلاّ في منتفع به في الدّنيا والآخرة.

وأمّا ما يصحّ بيعه وتملّكه فإنّه كلّ ما يجوز الانتفاع بسائر منافعه المقصودة فيه، كالثّوب والدّار والدّابة، وغير ذلك ممّا في معناه. فإنّ ما ذكرنا من ثوب ودابّة ودار يصحّ الانتفاع بسائر منافعه المقصودة منه، فلهذا جاز تملّكه وبيعه.

وأمّا ما اختلف حكم منافعه بأن حلّ بعضها وحرّم بعضها، فإنّك تنظر هاهنا، فإن كانت المنفعة المحرّمة مقصودة مرادة في نفسها، والمنفعة المباحة مقصودة مرادة في نفسها، فإنّ هذا القسم يصحّ تملّكه ولا يصحّ بيعه. أمّا جواز تملّكه وبقائه في اليد، فلأجل حاجة مالكه إلى تلك المباحة فيه. وأمّا منع بيعه فلأجل أنّ الثّمن المبتذل فيه إنّما بذل عن سائر منافعه من غير تخصيص ولا تعيين. وإذا كان الأمر هكذا، فقد صار الثّمن مبذولاً عن محرّم ومحلّل، فوجب فسخ العقد وإبطاله كلّه، لأنّ الّذي يقابل المنفعة المحلّلة من الثّمن مجهول حين العقد، والّذي يقابل المنفعة[1] ممنوع فيه البيع والمعاوضة، فبطل الجميع، هذا لكونه ثمناً لمحرّم، وهذا لكونه ثمناً مجهولاً عوضاً عن مباح، ومن اشترى ما يحلّ تملّكه وبيعه بثمن مجهول، فإنّ ذلك فاسد لا يجوز. وقد مضى هذا فيما تقدّم لمّا تكلّمنا على حكمٍ صفتهُ[2] جمعت حلالاً وحراماً، كبيع قلّة خلّ وقلّة خمر بثمن واحد في عقد واحد. لكن قد يقع في هذا الامتزاج إشكال بأن تكون المنفعة المحرّمة لا يتّضح كونها مقصودة في بعض المتملّكات أو المنفعة المباحة. فيُفرض هاهنا إشكال: هل هذا المقصود عليه الّذي اختلف حكم منافعه يلحق بما حرُم سائر منافعه لمّا كان ما يباح منه يشكل أمره، هل هو غير مقصود في حكم العدم؟/ أو يكون هذا الإشكال في المنفعة المحرّمة، فيلحق بما أبيح سائر منافعه (فيلحق)[3] هاهنا اختلاف في المذاهب، أو يزول بهذا عن طبقة التّحريم إلى الكراهيّة؟ فهذا هو السرّ الّذي من انكشف له وأجراه كما ينبغي

(1) أي: المحرمة.

(2) هكذا في النسختين ولعل الصواب صفقة.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف: فيلحق.

في سائر فروع هذا الباب[1] وصحّ له وجه الاتّفاق أو الاختلاف في المذاهب فيها. وقد تكلّمنا على هذا في كتابنا المترجم **بالمعلم**[2].

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: الأصل في منع بيع النّجاسات ما تقدّم من الحديث المذكور فيه أنّه عليه السلام لمّا نهى عن بيع الميتة قيل له: إنّها تطلى بها السفن ويستصبح بها. فقال: «لعن الله اليهود حرّمت عليهم الشّحوم فباعوها وأكلوا ثمنها» الحديث المشهور. فأشار إلى أنّ ما منع الانتفاع به منع أخذ ثمنه، لمَّا بسطنا وجْه المنع منه فيما تقدّم. فمن هذا النّوع الزّيت الّذي ماتت فيه فأرة، فإنّه لا يجوز بيعه في المشهور من المذهب. وأجاز بيعه ابن وهب إذا بيّن. واشترط غيره في جواز بيعه ألاّ يباع من مسلم. فإذا عرضت هذه المذاهب على ما تقدّم بيانه من التّعليل، علمت سبب هذا الاختلاف. وأنت قد علمت أنّ الزّيت أحد منافعه أكله، وهي منفعة مقصودة فيه، وفيه منفعة أخرى وهي وقيد ودهن ما يحتاج فيه إلى ترطيبه أو حفظه بالزّيت. فأمّا الأكل فإنّه ممنوع منه ما دام نجساً، لا سيما إذا كانت النّجاسة ظاهرة فيه. وأمّا وقيده في غير المساجد الّتي يحترم[3] أن يوقد فيها النّجاسات، فإنّ المشهور من المذهب جوازه. وقال ابن **الماجشون**: لا يجوز ذلك، ولو أجزناه لأجزنا الانتفاع بشحم الميتة. فأشار إلى الانتفاع بشحمٍ/ لا يخالَف فيه، ولذلك جعله حجّة على من أجاز الاستصباح. بشحم[4] الميتة، والانتفاع به يجوز على مقتضى من أجاز الاستصباح بالزّيت النّجس. ويمكن عندي ألاّ يلزم هذا المذهب ما ألزم عليه شيخنا لكون أجزاء شحم الميتة نجسة كلّها نجاسة ترجع إلى العين، ولا يمكن تطهيرها. والزّيت النّجس إنّما اجتنب لأنّ فيه أجزاء يسيرة وهي ما يحلّ فيه من أجزاء ميتة أو غيرها، ولو تميّز هذا النّجس من الأجزاء

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف الواو.
(2) انظر المعلم: 2/157 ـ 158.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يحرم.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فَشحمُ ـ بالفاء ـ.

الظّاهرة لحلّ الأكل والاستصباح، ولكن منع الجميع لعدم التّمييز الآن، أو لامتناعه على ظاهر الرّوايات. وإن كان قد روي عن **مالك** أنّه أجاز استعماله إذا طُهِّر. وبهذا كان يفتي **ابن اللباد**، ويستشهد بما وقع **لابن القاسم**[1] في ما سقطت فيه فأرة أنّ الدّهن الأوّل يستعمل بالماء مرّتين أو ثلاثة[1].

فإذا تحقّقت حكم الانتفاع في الأكل وفي الاستصباح، فإنّا إن منعنا الاستصباح به منعنا أكله. وذهابنا إلى أنّه لا يطهر بالماء/ اقتضى هذا منع بيعه لكون جملة منافعه المقصودة ممنوع استباحتها، ولا يرجى ذلك منها. وإن قلنا: إنّ الاستصباح به مباح وهو على حالته، فإنّ البيع أيضاً لا يجوز لكون منفعة مقصودة فيه محرّمة وهي الأكل. وقد تقدّم بيان علّة المنع من هذا الوجه. وإن قلنا مع هذا: إنّ تطهيره بالماء يميّز منه أجزاءَ النّجاسة حتّى يعود طاهراً يجوز الانتفاع به أكلاً واستصباحاً، حسن أن يقال على هذا: إنّ بيعه جائز كما يجوز بيع الثّوب النّجس، وإن كان لا يصلّى به، لما أمكن زوال السبب المانع من الصّلاة به بإزالته نجاسته بالتّطهير. وقد يعترض على هذا بأنّ الخمر لا يجوز بيعها، وإن قلنا: إنّها إذا تخلّلت جاز شربها، لما أشرنا إليه من كون الخمر جميع أجزائها نجسة العين، فتكون المعاوضة عليها معاوضة عمّا جميعه نجس حرام، والمعاوضة على الزّيت النّجس معاوضة عمّا أكثر أجزائه حلال، ويمكن تمييز الأجزاء النّجسة منه من غير تغيير أعيان، بخلاف الخمر الّتي جميع أجزائها نجسة، والتّحليل إنّما يكون بالتّخليل وهو أيضاً لا يباح ابتداء، ولكنّه إن فعل، جاز شربها على أحد القولين.

وعلى هذا الأسلوب يجري الانتفاع بالماء الّذي غلبت عليه النّجاسة، فإنّ

---

(1) هكذا في النسختين، وفيه اضطراب. وتوضحيه من كلام ابن غازي إذ يقول: أما زيت خلط بنجس ففي تطهيره بطبخه بماء، مرتين أو ثلاثاً، ثالثها: إن كثر، ورابعها: إن تنجس بما ماتت فيه دابة لا بموتها في الزيت. فالأول لسماع أصبغ من ابن القاسم وفتيا ابن اللباد... مواهب الجليل: 1/ 114. هكذا في النسختين ولعل صواب العبارة في بانٍ أُغلي «والبان شجر معروف. حبه أساس لأدوية كثيرة» «تاج العروس ج34 ص 289»

شربه ممنوع، والانتفاع به جائز على أحد القولين. فأجاز في **المدوّنة** أن يعلف العسل النّجس للنّحل. وأجاز أيضاً ما في جباب **انطابلس**[1] إذا سقطت فيه دابّة، أن يسقي المواشي. ولكنّه لم يذكر كون نجاسة هذه الدّابّة غلبت على الماء. وقيل: لا يطعم ما عجن به لداجن ولا لكافر، وأجراه مجرى الميتة. وقيل: يقصر هذا المنع على تغذية حيوان يؤكل لحمه دون ما لا يؤكل لحمه، لكون ما يؤكل لحمه قد يستباح بالتّذكية فيؤكل وقد خالط لحمه شيء من الأجزاء النّجسة، بخلاف سقي الشّجر به والزّرع، لكون هذه الأجزاء النّجسة استحالت، وكأنّها انعدمت في الزّرع والشّجر إذا صار الزّرع حبّاً وأثمر الشّجر. وأنت إذا أجريت هذه الرّوايات على أسلوب واحد، علمت أنّ الانتفاع بالنّجس مختلف فيه في المذهب على قولين. وقد[2] أشار إلى التّفرقة بين الحيوان المأكول وما لا يؤكل، فإنّما ذلك لمعنى آخر وهو كون تغذية ما يؤكل لحمه بذلك يقتضي إباحة أكل النّجس أو شربه. وقد وقع في الحديث الّذي تقدّم ذكره أنّه عليه السلام لمّا قيل له في شحوم الميتة: إنها تطلى بها السفن ويستصبح بها النّاس، فقال: «لا، هو حرام». وقد ذكرنا في كتابنا **المعلم** ما المراد بقوله: «لا، هو حرام» هل هو البيع، الّذي ذكره في صدر الحديث، وما اعتذر له به/ من الحاجة إلى استعماله مباح[3]، ولكنّه ليس بعذر في جواز البيع؟ أو المراد بقوله: لا، هو حرام، الاستصباح بذلك وطلي السفن.

والجواب عن السؤال الرّابع/ أن يقال: أمّا جلود الميتة، فإنّ الانتفاع بها قبل الدّباغ ممنوع عندنا لكونها نجسة. والنّجَس لا ينتفع به على حسب ما قدّمناه. وأمّا حكمها إذا دبغت، فإنّ المذهب على قولين: هل تطهر بالدّباغ طهارة كاملة فإن بيعها جائز لإباحة جملة منافعها. وإن قلنا: إنّها لا تطهر

(1) هي مجموعة خمس مدن معروفة Jontapoles بجهة برقة، انظر شرح غريب ألفاظ المدونة: 17.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ومَن.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في مباح.

بالدّباغ طهارة كاملة فإنّا لا نجيز بيعها لكون بعض منافعها لا تباح وإن دبغت.
وقد تقدّم كون حكم الشّيء، مختلفاً أحكام منافعه منها محلّل ومنها محرّم، هل يجوز بيعه أم لا؟ واتّقى **مالك** استعمالها في المائعات دون اليابسات الّتي يؤمن أن تميّع شيئاً من أجزاء الجلد. ولكنّه لم يحرّم هذا، بل أشار إلى إباحة الانتفاع باستعمالها وعاء للجمادات وللمائع، ولكنّه استثقل المائع تورّعاً واحتياطاً. وقد تكلّمنا على حسب هذا الاختلاف في كتابنا **المعلم** وعلى جملة مذاهب النّاس فيه وما ورد من الأحاديث. وخرّجنا ذلك على أصول الفقه وشواهد الأصول.
وذكرناه أيضاً في **شرح التّلقين** بما يغني عن إعادته هاهنا. ونبّهنا على ما وقع من اختلاف الرّواة في جلد الشّاة الّتي ماتت، وإباحته أن ينتفع[1] قولاً مطلقاً.
وتقييد هذا القول في رواية أخرى بقوله: ألا أخذوه فدبغوه وانتفعوا به. لكن إذا قلنا هاهنا إنّه نجس قبل الدّباغ وأنّه يطهَر بالدّباغ، فهل يباع قبل الدّباغ لكونه يمكن فيه كون فعلٍ مّا يصيّره طاهراً، كما قلنا في الزّيت النجس ؟ أو لا يسوغ ذلك لما أشرنا إليه من الفرق بين بيع الخمر قبل أن يخلّل وبين بيع الزّيت النجس؟ فإذا قلنا: إنّ الدّباغ يصيّره طاهراً، ونجاسته ليست راجعة لعينه لكن أجزاء تخلّلت الجلد تذهب بالدّباغ، فإنّ هذا يوجب إلحاقه بالزّيت النّجس.
وقد أشرنا في كتاب **المعلم** وغيره إلى علّة كون الدّباغ يصيّره طاهراً لكونه حافظاً له من الفساد كما تحفظ الحياة من الفساد. وأمّا عظام الميتة، فإنّه قد اختلف في الإدّهان بدهن وضع في أنياب الفيل، على أنّ النّاب من الفيل ليس كالعظام الباطنة، وإنّما هو كقرن مقلوب، واختلف في قرون الميتة وأظلافها، فقيل: إنّ ذلك نجس. وقيل: أمّا ما قطع منها وهي حيّة وكان لا يؤلمها، فإنّه طاهر، سواء أخذ في حياتها أو مماتها. وعلى هذا يجري حكم الأظفار. وقد أوعبنا الكلام على عظام الميتة فيما تقدّم من هذا الكتاب في موضعه الّذي يليق به.
وقد ذكر في **المدوّنة** من كتاب البيوع الفاسدة أنّه لا يوقد عظم الميتة تحت قدر فيها ما يستعمل لوضوء أو عجين. وقال بعض الأشياخ: إنّ ذلك إذا فعل لا

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أن ينتفع به.

يوجب نجاسة الماء الّذي سخن بها ولا نجاسة الطّعام الّذي طبخت به، إذا لم يوضع/ الطّعام على عظام الميتة وضعاً [1] وقدت العظام فتصاعد دخانها. ورأى بعض أشياخي أنّ هذا الدّخان إذا انعكس إلى الطّعام أو الماء نجّسه. وهذا الاختلاف من هؤلاء المتأخّرين يلتفت فيه إلى النّظر في استحالة أعيان الجواهر النّجسة حتّى ينتقل اسمها وهيئتها، هل يرفع حكم النّجاسة أم لا؟ وهذا أيضاً بسطناه في موضعه. وقد قال في **المدوّنة** في كتاب البيوع الفاسدة أيضاً: إذا أوقدت عظام الميتة على الجير والقدور، فإنّه لا بأس[2] بذلك. فقال بعض: إنّما مراده أنّ ذلك لا يكون نجساً، ولم يرد إباحة هذا الفعل ابتداء، لأنّ نقل الميتة وحيازتها على جهة التملّك لها منهيّ عنه. كما قال **ابن/ الموّاز**: إنّ عظام الميتة يجوز أن ينقل الرّجل كلابه إليها لتأكل منها، ولا ينقل الميتة إلى كلابه. ورأى أنّ نقل الميتة إلى كلابه حيازة للميتة على جهة التملّك. فكذا ينبغي أن ينهى هذا عن نقل هذه العظام ليوقد بها على جير أو قدور. وبعض أشياخي يحمل ذلك على ظاهره وأنّه يقتضي جواز الفعل. وقد اختلف الشيخ **أبو الحسن بن القابسي** والشيخ **أبو القاسم بن شبلون** في قدر طبخت بعظام ميتة. فقال الشّيخ **أبو الحسن**: لا يطهّرها الغسل بالماء، وإذا لم يطهّرها ذلك، فإنّها لا يطبخ فيها. وقال **أبو القاسم بن شبلون**: بل تطهر بالماء إذا غسلت كما ينبغي. واستشهد بجواز أكل ما يطبخ في قدور المجوس إذا غسلت وهم يطبخون فيها الميتة. وانفصل عن هذا بأنّ قدور المجوس إنّما نجست لأجل ما يطبخ فيها من ميتة، فكذلك تطهر بالماء المطبوخ فيها. والقدور الّتي أوقد على طبخها عظام الميتة نجست نجاسة باطنة لا يزيلها الماء. وقد ذكر **الطّحاوي** في كتاب **مسائل الخلاف** له عن **مالك** أنّه رأى أنّ ما طبخ بعظام الميتة من الطّين حتّى صار قدراً لا يطهر بالماء.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال: ذكر في **المدوّنة ابن القاسم** أنّه لم

(1) بياض بالنسختين، ولعله: ثُمَّ.
(2) في الوطنية: يأمَن.

يسمع من **مالك** في جواز بيع الزّبل شيئاً، ولكنّه سمع منه أنّه كره بيع العذرة لنجاستها. قال: كذلك ينبغي أن يكره بيع الزّبل لنجاسته، وأنا لا أرى ببيعه بأساً. فساوى **ابن القاسم** في إلزامه **مالكاً** ما بين حكم العذرة والزّبل، فمقتضى هذا جواز بيعها عنده، والنّهي عنه على رأي **مالك**. وقد قيل في الزّبل: المشتري أعذر فيه من البائع، وأمّا العذرة فلا خير فيها. وقيل أيضاً: إنّ المشتري العذرة أعذر من البائع. **وقال ابن عبد الحكم**: لم يعذر الله سبحانه واحداً منهما وهما سيّان في الإثم. وقد قدّمنا لك ما تعلم منه سبب هذا الاختلاف. لكن عرض في هذا ضرورة، وهي حاجة النّاس للتّسميد لبقولهم لأنّها محتاجة إلى التّسميد بالعذرة أو/ روث الدّواب. وهذه الضّرورة تبيح المحظور وتنقل الأحكام. فحرّم **ابن عبد الحكم** البيع لأجل كون هذه نجسة، والنّجس لا يباع **كما قدّمناه لمّا ذكرنا الحديث الوارد في مثل هذا**. ورأى **ابن القاسم** أنّ هذه الضّرورة تبيح المحظور. وأشير في بعض الرّوايات إلى أنّ الزّبل أخفّ في هذا من العذرة، لكون العذرة متّفق على نجاستها. وفرق في العذرة بين البائع والمشتري. لكون المشتري لا مندوحة له عن الشّراء، وكون البائع يمكنه بذل ذلك بغير عوض. فالضّرورة متحقّقة في حقّ المشتري، وغير متحقّقة في غير[1] البائع. وقد كره **ابن عمر** أكل البقل الّذي ينبت بهذا. ذكر عنه **ابن الموّاز**، وقال: وأنا لا أرى بأكله بأساً. فكأن **ابن عمر** لا يرى استحالة عين النّجاسة مؤثّراً. وهذا الّذي ذكرناه في هذه المسئلة مأخوذ حكمه وتعليله ممّا قدّمناه وأصّلناه فيما قبل.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال: الشّعر كأنّه متكوّن عن أبخرة وغيرها ممّا ينبعث من البدن على رأي صناعة أهل الطّبّ. وقد اختلف العلماء في طهارة شعر الميتة. فقال **مالك** إنّه طاهر. وقال **الشّافعي**: إنّه نجس. وسبب هذا الخلاف ما قدّمناه مراراً من كون ما كانت به حياة ثمّ ذهبت بأمر إلّهي، فإنّها به ميتة، وما لم تخلق فيه حياة قطّ، فلا يقال: إنّه ميتة، في عرف التّخاطب،

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في حق البائع.

ولكنّه جماد أو موات. فإن سلّمنا أنّ الشّعر كان حيّاً أيّام حياة ذي الشّعر، ثمّ مات ذو الشّعر، فإنّ الشّعر/ يموت بموته، وإذا مات وذهبت منه الحياة وتعقبّها الموت، كان ميتة. والميتة ليست بطاهرة. ويستدلّ على كونه حيّاً بنمائه وزيادة أجزائه، على حسب ما تنمي أجزاء بدن الحيوان الحيّة كسائر أعضائه وغيرها. وإن قلنا: إنّه لم تخلق فيه حياة قطّ، فإنّه لا يكون ميتة بموت ذي الشّعر، لما قدّمنا من كون هذه التّسمية **إنّما** يراد بها ما كان حيّاً فمات حتف أنفه. ويستدلّ لهذا المذهب بكونه لا يحسّ الألم، ولا يحسه ذو الشّعر إذا قصّ ذلك عنه. وإنّما يستدلّ على وجود الحياة أو فقدها بإحساس الألم أو فقده، لأنّ الإحساس للألم أو اللّذّة إنّما تكون في الحسّاس الدّارك، ولا يكون حسّاساً درّاكاً من الحيوان إلاّ وله إدراك وحياة، فإذا لم تدرك الآلام ولا اللّذّات، فقد فَقَد الحسّ والإدراك، وذلك يشعر بكونه جماداً أو مواتاً، إذا لم توجد آفة منعت من الإدراك، فإذا ذهبت عاد الحسّ والإدراك إلى ما كانا عليه. والاستدلال على الحياة بوجدان الحسّ والألم أولى من الاستدلال بالنّماء وانبساط الجسم في الجهات، لأنّ النّبات ينمي ويزيد، ثمّ ليس هو بحي.

وشعر الخنزير يجري مجرى شعر الميتة من الحيوان الّذي يحلّ أكله. **لكن** أصبغ خالف في هذا، ورأى أنّ شعر الخنزير نجس/ على كلّ حال حيّاً أو ميّتاً، كما كان الخنزير نجساً حيّاً وميّتاً. بخلاف الشّاة والبقرة فإنّ أعيانهما طاهرة حال الحياة، فكذلك شعورهما بعد الموت لكونها غير مشاركة في الحياة.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال: المسك طاهر عند جمهور العلماء. وشذّ قوم، فقالوا بنجاسته. وكأنّهم قدّروه كفضلة انبعثت من جسم الغزال الّذي يؤخذ منها المسك، حتّى صارت كعضو منها[1] تلحق فيه الحياة، ثمّ تخلق[2] فيه الموت إذا فارق الجسم الّذي أخذ منه وانفصل عنه، عاد كإصبع قطع من

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: منه .

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يخلق ـ بالتذكير ـ.

الحيوان، فإنّه يكون نجساً لكون حياته عدمت من غير تذكية. وأمّا الجمهور الذّاهبون إلى طهارته، فإنّهم يشيرون إلى حصول الاتّفاق على استعماله والتطيّب به في زمن السلف حتّى صار كالإجماع. وقد أشار **البخاري** إلى الاستدلال على جواز بيعه بحديث **أبي موسى** أنّ النبيّ ﷺ قال: «**مثل الجليس الصالح والجليس السوء كمثل صاحب المسك وكير الحديد لا يعدمك** من صاحب المسك إمّا تشتريه أو تجد ريحه، وكير الحدّاد **يحرق بيتك أو ثوبك أو تجد ريحاً خبيثة**»(1).

فأشار البخاري إلى الاستدلال بقوله: «إمّا تشتريه». وظاهر هذا إباحة الشّراء، ولو كان نجساً لم يبع ولم يشتر، على حسب ما أصّلناه في منع بيع النّجاسات الّتي لم تضطرّ ضرورة إلى إباحة بيعها. كما لم يجز بيع الخمر لنجاستها وكونها لا ضرورة بالإنسان إلى الانتفاع بها، بل يضرّه الانتفاع بها لكونها تصدّ عن ذكر الله في حقّ الصّلاة، كما قال سبحانه. وقد ذكر أيضاً في الصّحيح دم الشّهداء وشبهه بالمسك في طيب رائحته(2). وهذا يشعر بطهارته لكون الحديث ساقته(3) تدلّ على المدحة والثّناء. وأيضاً فإنّا لو سلّمنا أنّه نجس وأنّه من دم الغزلان الّتي يؤخذ منها المسك، كما أشار إليه **المتنبّي** في قوله يمدح **سيف الدّولة**:

فإن تفق الأنام وأنت منهم   فإنّ المسك بعض دم الغزال

فإنّه قد استحال عن كونه دماً وتبدّلت أعراضه وصفاته. وقد قدّمنا أنّ تبدّل الصفات وتغيّر الأسماء والأشكال للأجسام تقتضي تبدّل الأحكام في النّجاسة. وهذا إذا سلّمنا كون المسك كلّه صفة واحدة. ويمكن أن يكون يؤخذ منه ذلك بعد التذكية المبيحة لأكله/ فيكون هذا المقدار من جنسه طاهراً أيضاً. ويمكن أيضاً أن يكون يؤخذ منه ولا يؤلمه، وليس الطّريقين اللذين ذكرناهما. وقد وقع اضطراب في الطّرطر الّذي يشبّب به الصوف إذا صبغ باللّكّ(4)، هل

---

(1) البخاري: كتاب الذبائح: باب المسك: 12/82.

(2) يشير إلى الحديث الذي رواه البخاري حول دم الشهيد. في نفس الإحالة السابقة.

(3) هكذا في النسختين، والصواب: سياقته.

(4) نبات: انظر تاج العروس ج27 ص 322.

يجوز أم لا؟ فإن قدّرنا أنّه ليس بنجس لأنّه استحال عن كونه خمراً استحالة غيّرت اسمه وصفاته لكونه يابساً والخمر مائعة، ولكون الخمر/ يسكر وهو لا يسكر، لم نقل بنجاسته. وإن قلنا: إنّه بعض أجزائه[1] الخمر الكثيفة والجواهر الغليظة المعتصرة من الأعناب وإنّه أحد أجزاء الخمر الّتي غلت ونشّت، والاستحالة لا تنقله عن حكم النّجاسة، قضينا بنجاسته ونظرنا في تصوّر الحاجة إلى إجازة بيعه. فإن تصوّر في ذلك ما تصوّر في بيع الرّجيع والأزبال، جرى الأمر فيه على ما قدّمناه فيها.

وقد اختلف عندنا في عرق السكران، هل هو نجس أو طاهر؟ فقيل بطهارته، لأنّا، وإن قدّرناه دفعته القوّة الطبيعيّة من أجزاء الخمر المشروبة، فما دفعته إلى صحن الجسم إلاّ وقد استحال وتبدّلت صفاته لمّا كان خمراً.

والجواب عن السؤال الثّامن أن يقال: اختلف المذهب في جواز بيع الكلب المباح اقتناؤه على قولين. وسبب هذا الاختلاف فيما مضى التّنبيه عليه لمّا ذكرنا كون جواز البيع متعلّقاً بجواز الانتفاع. فالكلب الّذي لا ينتفع به منفعة مأذوناً فيها لا يجوز بيعه، لما قدّمناه من كون إجازة بيعه إجازة لأكل المال بالباطل. والّذي أذن في الانتفاع به قد تقرّر من جملة منافعه أكله. وأكله منهيّ عنه لأنّه داخل في ظاهر قوله: **أكل كلّ ذي ناب من السباع**[2]. ومن منافعه المباحة الاصطياد به وحراسته الزّرع والضّرع. وأمّا حراسة الدّيار وما فيها من الأموال، فإنّ ذلك ممّا اختلف النّاس فيه. فمنهم من ذهب إلى إباحة ذلك قياساً على حراسته الزّرع والضّرع. ومنهم من منع ذلك لأنّه عليه السلام قال: «لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب»[3]. فحصر هذا الذم بالبيوت الّتي فيها الكلاب. والزّرع والضّرع إنّما يكون غالباً في الفيافي والقفار الغير مسكونة، فلا يصحّ قياس حراسة البيوت على حراسة الزّرع والضّرع لما ذكرناه. على أنّه يمكن أن

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أجزاء.

(2) حديث. انظر مسلم: إكمال الإكمال ج 5 ص 175. مختصر سنن أبي داود: 3645.

(3) صحيح متفق عليه، فيض القدير: 1/393.

يقال: إنّ الغنم المحروسة بالكلاب في الفيافي والقفار ربّما باتت في المداين في ديار أربابها. وإِذْن الشّرع في اتّخاذ الكلب لحراسة الزّرع وقع مطلقاً لم يفرّق فيه بين نهار ولا ليل ولا مكان. وقد رأيت بعض أصحابنا البغداديين يحتجّ للقول بالمنع من اتّخاذ الكلب حارساً للدّيار بأنّه قد يطرق الدّار الضيفان والزوّار فيروّعهم وقد يؤذيهم. وأيضاً فإنّه لا يباح تسليط الكلب عليه ولا يعلم مبلغ أذاه له وقد يؤدّي إلى تلاف[1]. ورأيت في بعض التّعاليق عن أشياخ القرويين تنازعاً فيه. وقد اختلف النّاس أيضاً فيما أبيح اتّخاذه لصيد أو لحراسة ضرع أو زرع، هل من شرط الإباحة حصول الزّرع والضّرع أو إمكان الاصطياد والعزم عليه، أو يجوز ذلك وإن لم يكن عند، متّخذه زرع ولا ضرع ولكنّه إنّما اقتناه لأجل كونه قد يكسب ذلك ويحتاج إليه؟ فإذا تقرّر ما يجوز من/ الانتفاع بالكلب وما لا يجوز، وكانت منافعه منها مقصود محرّم ومنها مقصود محلّل، وجب المنع من البيع، لأجل ما قدّمناه فيما سلف. ولا يلزم إذا أُلزِم قاتلُه القيمةَ أن يجوَّز البيع، لأنّ البيع معاوضة عن جملة منافع منها محلّل ومحرّم، ومقدار ما ينوب كلّ واحد من الثّمن لا يتميّز، والتّقويم إنّما يكون مبنيّاً على ما/ يقابل ما أتلف عليه ممّا يصحّ له ملكه والانتفاع به. وإلزام القيمة وهي مجهولة قبل النّظر فيها لا أصل له في المنع كما يلزم من أتلف ثوباً قيمته، وبعد إلزامه ذلك ينظر في مقدارها.

والجواب عن السؤال التّاسع أن يقال: أمّا الصّور فممنوع بيعها، وممنوع إنشاؤها لما ورد من الأخبار في وعيد المصوّرين بعذاب، على حسب ما وقع في الأخبار. وهذا على مذهبنا فيما سوى الأرقام الّتي يحاكى بها الصّور وهي تمتهن، على حسب ما ذكره في **المدوّنة**، وما ورد به الحديث المستثنى فيه الثّياب الّتي ترقم[2]. وإذا ثبت منع التّصوير واستعماله، منع البيع لكونه معاوضة على ما لا ينتفع به.

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: تلف.

(2) رواه الشيخان. فتح الباري ج 12 ص 514.

والجواب عن السؤال العاشر أن يقال: قد تكلّمنا في كتاب الضّحايا على منع بيع جلودها لكونها تذبح على جهة التّقرّب إلى الله سبحانه، وقصداً لأنْ يكون العوض عنها ثوابَه، فلا يصحّ أن يباح طلب العوض من جهة أخرى مخالفة للجهة الّتي أريقت دماء الأضاحي عليها. وكان الأصل منع أكل لحومها ومنع أكل لحوم الهدايا لكونها قصد بها وجه الله تعالى واتّخاذها قربة إليه ولا يرجع فيما تقرّب به. لكنّ الشّرع أذن في أكل اللّحوم، فقال تعالى: ﴿فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾(1). وإذا جرى هذا مجرى التّرخيص لم يخرج بالرّخصة عمّا وجد فيها. وهذا مبسوط في كتاب الضّحايا.

والجواب عن السؤال الحادي عشر أن يقال: أمّا الماء فقد اختلف في بيعه العلماء. وقد وقع في الآثار النّهي عن بيعه مطلقاً. وفي بعضها أنّه نهى عن بيع فضل الماء(2). والانتفاع بالماء مباح وليس فيه منفعة مقصودة محرّمة، فكان الأصل جواز بيعه لكون سائر منافعه محلّلة، ولهذا أجزنا بيع ما في دار الإنسان من ماء في ماجل أو في بئر قد احتفره لحاجته إليه واختزن فيه الماء لشربه وطهوره، فتسوغ له المعاوضة عن هذه المنافع المباح جميعها. وإنّما يمنع بيع فضل الماء لكون منبع هذا الماء بالحفر وغير ذلك إذا قصد به تحبيس(3) ما زاد على مقدار حاجته إليه على ما سنبسطه في موضعه إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الثّاني عشر أن يقال: قد تقرّر أنّ ما حرّمت منافعه حرّم بيعه. فكذلك ما أدّى إلى الوقوع في التّحريم، مثل أن يبيع عنباً ممّن يعصره خمراً، فإنّ العنب مباح الانتفاع به، فجاز لهذا بيعه، فإذا صار خمراً/ حرم شرب الخمر. فإذا باعه ممّن يصنعه خمراً لشربه، صار معيناً على ما لا يحلّ، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾(4). وكذلك بيع ثوب

---

(1) سورة الحج 36.

(2) شرح النووي كتاب المساقاة ج6 ص 440

(3) هكذا في النسختين، والصواب: حبس.

(4) سورة المائدة: 2.

الحرير ممّن يلبسه. وألحق بعض الأشياخ شراء بعض الصقالبة، فقال: إن كان الشّراء لم يحمل النّاس على خصاهم لكونهم يثمنون في ذلك منع من شرائهم. وإن كان شراؤهم لا يحمل على خصاهم، ولا يكون باعثاً لأرباب العبيد على خصاهم ولا داعياً لهم إلى ذلك جاز شراؤهم. وهذا الّذي قال ينبغي أن يقيّد بكون المخصي لهم لا يعتقون عليه لأجل ما فعل ممّا لا يحلّ له. وقد اختلف المذهب عندنا في النّصراني إذا أخصى عبده، هل يعتق عليه أم لا؟ فإذا وجب عتق من صار خصياً لجناية سيّده عليه، وقضي عليه بذلك، لم يجز الشّراء، كما لا يجوز شراء الأحرار.

وبيع السلاح ممّن يقاتل بها من لا يحلّ قتاله لا يجوز أيضاً لكون ذلك معونة على ما لا يحلّ، كما قلناه في بيع العنب ممّن يتّخذه خمراً إلى غير ذلك ممّا في معناه.

فصـــل آخر

يتعلّق بما ذكره القاضي عبد الوهاب هاهنا وهو قوله: كلّ بيع/ فالأصل فيه الجواز، إلاّ ما تعلّق به ضرب من ضروب المنع.

قال الشّيخ رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل خمسة أسئلة منها أن يقال:

1 ـ هل ينقل البيع الفاسد الملك أم لا؟

2 ـ وما سبب الاختلاف في ذلك؟

3 ـ وهل ينقل الضّمانَ العقدُ الفاسد؟

4 ـ وما الّذي يفيت البيع الفاسد[1]؟.

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: اختلف النّاس في البيع الفاسد، هل ينقل الملك أو لا ينقله؟ فذهب **أبو حنيفة** إلى أنّه ينقل الملك إذا اتصل به القبض وذهب الشافعي إلى أنه لا ينقل الملك ولو اتّصل به القبض. وبعض أصحابنا يحكي أنّ مذهب **مالك** أنّه لا ينقل الملك، ولكن نقل شبهة الملك. إلى هذا يشير بعض البغداديين من أصحابنا. وقال بعض أشياخ القرويين: إنّ مذهب **مالك** أنّه لم[2] ينقل الملك. وعوّل في هذا على قوله في المدوّنة[3] في كتاب الحبس والصدقة. فيمن باع بيعاً فاسداً ثمّ وهب المبيع قبل أن يفوت في يد المشتري، فذكر التّعليل بأن قال: بأنّ البيع هاهنا إذا نقض عاد الملك إلى البائع الأوّل فنفذت الهبة، ولو كانت الهبة بعد الفوت لم تنفذ. فاعتمد على قوله: إنّ

---

(1) في النسختين بياض مكان السؤال الخامس. والذي يفهم من الجواب عنه أن يكون: ما هو الحكم عند ارتفاع الأسباب الموجبة للفوت.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لا.

(3) المدونة: 4/329 في الرجل يبيع عبده بيعاً فاسداً ثم يهبه البائع لرجل آخر.

البيع إذا نقض لفساده عاد على الملك الأوّل، ورأى أنّه لو نقل الملك، لم يعد على الملك الأوّل، بل يكون ملكاً مستأنفاً. وهذا الّذي قال قد يقتضي ظاهره صحّة ما تعلّق به هذا من كون اللّفظ يقتضي كون البيع الفاسد لم ينقل الملك. لكنّه قد يتأوّل فيه: إنّما أراد: الملك انتقل، ولكنّه انتقل عن هذا الانتقال بفسخ هذا العقد. كما يقال: إنّ المبيع المعيب قد انتقل/ الملك فيه للمشتري، ولكنّه إذا ردّ بالعيب، كان ردّه بالعيب حل[1] للبيع من أصله على أحد القولين. وهذا وإن صح تأويله لأنّه[2] الأظهر فيه ما قاله بعض الأشياخ. لكن قد ظهر لي لفظ آخر قد وقع في **المدوّنة** ربّما كان التعلّق به في عكس هذا الحدّ. وذلك أنّه قال في كتاب العتق فيمن قال لعبد: إن اشتريتك أو ملكتك، فأنت حرّ. فاشتراه أو ملكه: إنّه يعتق عليه إذا اشتراه شراء فاسداً. فلو كان الشّراء الفاسد لا ينقل الملك، لم يعتق عليه، لعدم الشّرط الّذي علق به العتق، وهو: لو صحّ ملكه بشراء صحيح. ولكن لو علق اليمين بشرط غير هذا فقال: إن اشتريتك فضربتك فأنت حرّ، فإنّه لا يعتق عليه إذا اشتراه ولم يضرِبْه. فكذلك إذا قال: إن ملكتك فأنت حرّ. فاشتراه شراء لا يملكه به، فإنّه لا يعتق عليه لعدم الشّرط الّذي علق به العتق. فإن سلّمنا التعلّق بما في كتاب الحبس والصدقة، كان المذهبان المذكوران عن **أبي حنيفة والشّافعي** موجودين عند نافي المذهب.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: ما سبب الاختلاف في كون البيع الفاسد ينقل الملك؟ فإنّ له تعلّقاً بمسئلة أصولية هو كون النّهي دالاً على فساد المنهيّ عنه ونقضه وكونه مرفوعاً من أصله، قولاً على الإطلاق، وهو أصل الشّافعيّة. وأصل الحنفيّة تسليم هذا إذا كان النّهي يعود إلى نفس المنهيّ عنه. فأمّا إن كان يعود إلى معنى غيره[3]، ولكنّه متّصل به، فإنّه لا يصير المنهيّ عنه مرفوعاً كأنّه لم يكن. ولكنّه، وإن لم يرفع الأصل، رفع بعض أوصافه الشّرعيّة.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حلاًّ.
(2) في الوطنية: فإنه.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في غيره.

وأمّا إن لم يكن النّهي راجعاً إلى نفس المنهيّ عنه، ولا إلى معنى متّصل به حتّى يصير كحرمته، فإنّه لا يرفع الفعل من أصله ولا وصفه الشّرعي المختصّ به. فهذه ثلاثة أقسام:

مثال الأوّل منها، وهو ما يعود إلى عين المنهيّ عنه، بيع سلعة دم[1] أو ميْتة، فإنّ ذلك منهيّ عنه. وهذا النّهي لمّا رجع إلى العين/ أبطل العقد من أصله، ورفعه حتّى لا يصحّ الملك به.

ومثال الثّاني إذا باع بخمر أو خنزير، فإنّ الخمر والخنزير فيهما معنى الماليّة، ولكنّهما لا يتقوّمان في الشّريعة، ولا قيمة على المسلم إذا أتلفهما على مسلم. وكأن كونهما ممّا يتقوّمان وصف زايد على المعنى الذّاتي وهو الماليّة، فإذا بيعت بهما سلعة انتقل بهذا العقد ملك السلعة، وبطل العقد فيهما، وصار كالثّمن المستحقّ، فإنّ استحقاقه لا يمنع من كون السلعة المستحقّ ثمنها انتقل الملك فيها، ولكن منع النّهي وصفاً من أوصاف هذا العقد وهو الصحّة والجواز، ولم يمنع ما يعود إلى ذاته وهو كون حقيقة البيع المعاوضة عن مال بمال.

ومثال الثّالث: بيع وقت الجمعة، فإنّه لا يمنع عندهم انعقاد البيع ولا صحّته، لأنّ النّهي لم يعد/ إلى عين المبيع ولا إلى معنى متّصل به، وإنّما عاد إلى معنى منفصل عن العقد وهو الاشتغال عن صلاة الجمعة، حتّى لو باع في طريقه إلى الجمعة ولم يشغله البيع عنها، فإنّه لا يمنع من ذلك. ولو اشتغل بغير البيع من المباحات لمنع من ذلك. فلم يؤثّر هذا النّهي في صحّة العقد، كما لم يؤثّر النّهي عن الصّلاة في الدّار المغصوبة في إجزائها، لكون النّهي **تعلّق بمنع اشتغال الغير بأن يشتغل كلّ صلاة أو غيرها**[2]. وأيضاً فإنّ أصل البيع الجواز

(1) في المدنية: بدم.

(2) هكذا في النسختين، والمعنى: على منعه إشغال ملك الغير بالصلاة أو غيرها.

لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ﴾[1]. وما نهي عنه إنّما يتعلّق بحاصل موجود يكون إيجابه باكتساب، وكفّه عن ذلك باكتسابه. فلو كان العقد لا ينقل الملك لما تصوّر الملك، وإذا لم يتصوّر عنه وهو منهيّ عنه، صار النّهي كالمتعلّق بما لا يمكن، وذلك ممّا لا يحسن النّهي عنه، كما لا يحسن أن يقال للأعمى: لا تر كذا، ولا تقرأ كذا. فإذا أشعر تعلّق النّهي بكون المنهيّ عنه يمكن إيقاعه، ولا يمكن إيقاع البيع الفاسد إلاّ بأن يتصوّر فيه انتقال الملك، وهذا يقتضي كون البيع الفاسد ينقل الملك ما لم يقع بميْتة أو دم، لكون ذلك ممّا لا تتصوّر فيه حقيقة الماليّة. والبيع لا يتصوّر فيه حقيقة إلاّ محلّ[2]، والمحلّ لا بدّ أن يكون له حقيقة الماليّة، وعاقد له حقيقة الأهليّة، وهو العاقل المميّز الّذي يكون أهلاً للبيع. بخلاف العقد بخمر أو خنزير، فإنّ له حقيقة الماليّة، ولكن فقد وصفا شرعيّاً وهو كونه ممّا يقوّم. وكان مقتضى هذا التّقسيم والتّركيب أن ينقل الملك بمجرّد العقد، لكن لمّا ضعف العقد بكون الشّرع سلبه وصف الجواز والصحّة، احتاج هذا الضّعيف إلى ما يقوّيه حتّى يحصل انتقال الملك وما ذاك إلاّ القبض. ألا ترى أنّ الهبة لمّا ضعف القول فيها، لم ينقل مجرّده الملك حتّى احتاج إلى ما يقوّي هذا الضعف وهو القبض، ولم يلزم هذا في عقد نكاح وقع على فساد، لأنّ العقد في الأنكحة له حرمة، بخلاف حرمة البيع، قوي من أجلها، فاستغنى عمّا يقوّيه في نقل الملك، وجرى مجرى الوطء في النّكاح الفاسد الّذي ينقل الملك. وأيضاً فإنّ العقد الفاسد يسلبه النّهي وصف الحلّ والجواز، وحقيقة النّكاح أن يكون حلالاً. ومن آكد ما يستدلّ به الكتابة الفاسدة، فإنّها يثبت معها العتق عندهم وعند الشّافعيّة. وأجيبوا عن هذا بأنّ اتّفاقهم عليها إنّما كان لأجل حرمة العتق، ألا ترى أنّ من أعتق جزء عبد عتق عليه ما لا يملكه منه تغليباً لحرمة العتق. بخلاف أن يبيع نصيبه منه. وأيضاً فإنّ الكتابة كأنّها عتق معلّق بصفة، والتّعليق بالصّفة ينفذ فيه العتق سواء كانت

---

(1) سورة البقرة: 275.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في محلٍّ.

الصفة جائزة/ ، كقوله: إن دخلت الدّ فأنت حرّ، أو ممنوعة كقوله: إن قتلت مسلماً فأنت حرّ.

وأمّا الشّافعيّة، فإنّها ترى أنّ النّهي يدلّ على فساد/ المنهيّ عنه وارتفاعه، سواء كان النّهي يعود لعين المنهيّ عنه أو لمعنى متّصل بها. لأنّ ما اتّصل بها وكان لازماً لها فإنّه يكون كالرّافع[1] إلى العين، فلا معنى لهذه التّفرقة. وأيضاً فإنّ القبض من مقتضى العقد، وهو تابع للعقد، فإذا لم يحصل الملك والضّمان بمجرّد العقد الّذي هو الأصل، فأحرى ألاّ يحصل بما يتبعه وهو متفرّع عنه وهو القبض. ويرون أنّ قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[2] على حسب ما قدّمنا نحن ذكر اختلافهم فيه. وقد تقرّر في الشّريعة أنّ ما نهى الله عنه ورسوله غير مأذون فيه، وهو مردود. ولا يصحّ الجمع بين كونه منهيّاً عن مباشرته وفعله وبين كونه منعقداً منبرماً ناقلاً للملك، لأنّ هذا يصير كالمتناقض من الأحكام.

وقد يتعلّق في هذه المسئلة بحديث بريدة[3] وهو كون اشتراط الولاء للبائع لا يجوز. ثمّ مع هذا قال لها عليه السلام: «اشتري واشترطي لهم الولاء فإنّ الولاء لمن أعتق»[3]. فإنفاذ عتقها يدلّ على صحّة ملكها، وكون هذا العقد نقل الملك إليها. وهذا الاستدلال إنّما يصحّ لو قلنا: إنّ عقدها كان فاسداً، وأنّهم اشترطت لهم الولاء حين العقد. وهذا لا يصحّ أن يضاف إليها، وهي قد فعلت ما فعلته بعد مشاورة النبيّ عليه السلام. وقد قيل: معنى: اشترطي لهم الولاء اشترطي عليهم، كما قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَاۚ﴾[4] يعني فعليها. وقيل: إنّ هذا ممّا خصّت به عائشة رضي الله عنها، فأجيز لها فعل ذلك ليكون فسخ الشّرط، والزّجر عنه بالفعل والقول والبيان لجميع النّاس آكد في المنع

(1) هكذا في النسختين، ولعَل الصواب: كالراجع.
(2) سورة البقرة: 275.
(3) المعلم ج 2 ص 146.
(4) سورة الإسراء: 7.

منه. وقد بسطنا الكلام على هذا الوجه في كتابنا **المعلم**[1].

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: مجرّد العقد الفاسد في البياعات لا ينقل ضمانها. لكن إن أمكن البائع المشتري من القبض، فترك ذلك باختياره، فعندنا فيه قولان: 1 ـ هل ينقل الضّمان إلى المشتري كما ينقل الضّمان إليه في التّمكين في البيع الصحيح. ويعَدّ التّمكين كالقبض لمّا ترك المشتري المبيع باختياره وكأنّه أبقاه بعد قبضه في يد بائعه كالوديعة؟ 2 ـ أو لا ينقل التّمكين ضماناً لكون الشّرع نهى المشتري عن التّمادي على هذا العقد، ونهاه عن قبضه، وأمره بفسخه. فلا يعدّ تمكين البائع منه كقبض المشتري له لمّا فعل المشتري، من اجتناب القبض، ما أمره به الشّرع. بخلاف البيع الصحيح، فإنّ الشّرع لم يمنع فيه من القبض منه ولا نهى عنه وصار التّمكين فيه كالقبض. وأمّا إذا حصل القبض في البيع الفاسد، فإنّ الضّمان ينتقل، ولكنّه عندنا انتقال مقتضية شبهة الملك لا حقيقة الملك، على ما قدّمناه وحكيناه عن بعض/ أصحابنا، وذكرنا نحن ما فيه عندنا وما قاله غيرنا من الأشياخ. وقد قال القاضي **إسماعيل**: إنّ بعض من حدّث يقول: إذا مات العبد المشترى شراء فاسداً في يد مشتريه، فإنّ ضمانه من البائع، لكون هذا القبض عند هذا كقبض الوديعة الّتي يكون ضمانها من مالكها الّذي أودعها. وهذا الّذي ذكره خلاف طريقة فقهاء الأمصار، ولهذا أضافه القاضي **إسماعيل** لبعض من حدّث مشيراً بهذا القول إلى كون هذا القائل شذّ عن الجماعة.

فأمّا الحنفيّة، فإنّها تراه ضامناً بالقبض، لأنّ حقيقة البيع حصلت، ولهذا نقلت الملك وحقيقة البيع نقل الملك بعوض، والأصل في العوض المعادلة، والمعادلة إنّما تكون بالقيمة. لكنّهما إذا تراضيا بتسمية قضي بها إذا كانت جائزة. فإذا أبطلها الشّرع، رجع إلى الأصل وهو كون القيمة عوضاً من/ هذا المقبوض. ولو زادت في المقبوض زوائد متّصلة به لردّت معه عندهم لكونها

---

(1) المعلم ج 2 ص 146 ـ 153.

بيعاً للعين التّي زيدت، وحكم التّابع حكم المتبوع.

وأمّا الشّافعية، فإنّها لمّا صارت إلى أنّ البيع لم ينقل الملك، والمشتري يردّ المبيع، صار في يده كالمغصوب، والغاصب يضمن ما قبضه غصباً، وكون المشتري قبض بإذن البائع لا يخرجه عن أحكام الغصب، لكون البائع إنّما أَذِن له لاعتقاده أنّه يملك بهذا العقد السلعة، ويتمّ لهما ما تعاقدا عليه. فإذا ظهر الأمر بخلاف ما اعتقد، صار كالقابض بغير إذن حتّى قالوا على هذا: لو كانت أمة فاستخدمها لردّ إجارة الخدمة، ولو باعها لنقض بيعه، ولو فاتت في يد مشتريها شراء فاسداً لغرم أغلى قيمتها في الأزمنة التّي كانت في يده كما يغرم الغاصب أغلى القيم.

ونحن نرى أنّه ليس كالغاصب لكون البائع أذن له في القبض والتصرّف، ولا كالمودع لأنّه قبض ما قبضه لمنفعة نفسه فتعلّق به الضّمان. ولكنّا نعدل بين المشتري والبائع، فنرى أنّ تغيّر الأسواق يمنع من ردّ المبيع، ويوجب أخذ القيم على حكم ما سنبيّنه في أحكام القيم. **وسحنون** يجريه مجرى الرّهان إذا كان البيع الفاسد متّفقاً على تحريمه، فيضمن قابض السلعة على عقد فاسد ما يغاب عليه، إلاّ أن تقوم البيّنة بهلاكه، ولا يضمن ما لا يغاب عليه. ويُجري الأمر في ذلك على أحكام ضمان الرّهان لمّا لم يقبض المشتري ذلك لمنفعة دافعه خاصّة حتّى يكون مثل الوديعة بل لمنفعة نفسه، فصار شبه الرّهان. لكن شَرَط أن يكون الفساد والتّحريم واضحاً متّفقاً عليه لأجل أنّ المختلف فيه من ذلك يحسن أن يراعى فيه خلاف من أجازه، فيضمن كضمان البيع الصحيح. لكن يشترط في هذا القبضُ، لأجل تحريم العقد عند من صار إليه وتقاصره بمجرّده عن نقل الملك حتّى ينضاف إليه/ القبض على حسب ما قدّمناه.

فتلخّص من هذا أنّ هذا القبض تتصوّر فيه المذاهب المختلفة في إسنادها إلى ما يسند ذلك إليه، هل يمنع من نقل الملك، وإن اتّصل العقد بالقبض،

فيبقى المقبوض على ملك دافعه كالوديعة على حسب ما ذكرناه من حكاية القاضي **إسماعيل** وإشارته إلى التّنبيه بالوديعة، أو يلحق بالرّهان وإن لم ينقل ذلك القبض الملك لكون القابض هاهنا قبض لمنفعة نفسه، أو يضمن ضمان الغصوب، لأجل ما أشرنا إليه من كونه عند هؤلاء لم ينقل الملك ولا شبهة الملك. وللإذن في التصرّف لهما وقع بشرط أن يكون البيع نافذاً غير مردود، أو يكون قبض المبيعات الّتي صحّ ملكها بالمعاوضة عليها، كما قال **أبو حنيفة**، أو شبهة الملك، كما حكيناه عن بعض أصحابنا، وإسناد ذلك إلى المذهب، وحكينا نحن ما عندنا في ذلك ممّا أسندناه إلى المذهب.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال: يحسن هاهنا أن نصدر هذا الفصل بتقاسيم تتعلّق بهذا الكتاب فمن ذلك أنّ عقود المعاوضة أربعة:

1 ـ عقد صحيح منحتم.

2 ـ وعقد صحيح غير منحتم كعقد الخيار.

3 ـ وعقد فاسد منحتم فساده، كبيع الغرر وشبهه.

4 ـ وعقد غير منحتم فساده، كبيوع الشّروط التّي فسد العقد لأجل ما قارنه من الشّرط. فيجب للمشترط الفسخ إن تمسّك المشترط، وإن سمح بإسقاطه انحتم العقد وصحّ، مثل البيع بشرط السلف، وبيع جارية على أن يتّخذها المشتري أمّ ولد، على أحد القولين في وقف الفسخ على التمسّك بالشّرط، والإمضاء على إسقاط الشرط.

والفساد يلحق العقد من ثلاثة أنحاء:

1 ـ من ناحية العقد.

2 ـ أو من ناحية الثّمن.

3 ـ أو منهما جميعاً. /

والمتملّكات التّي يتصوّر فيها العقد الفاسد في البياعات أربعة: 1 ـ عقار 2 ـ وعروض 3 ـ وحيوان 4 ـ ومكيل وموزون.

والمفيت لهذه العقود الفاسدة أربعة: 1 ـ تغيّر الذّوات 2 ـ أو تغيّر الأسواق 3 ـ أو إخراج عن الملك 4 ـ أو تعلّق حقّ آخر بهذا المبيع.

فنبدأ بالكلام على حصول الفوت بمجرّد القبض من غير أن ينضاف إلى ذلك أحد هذه الأربعة أقسام.

فاعلم أنّ المعروف من المذهب أنّ مجرّد القبض لا يكون فوتاً في البياعات الفاسدة. لكن ذكر **ابن مسلمة** أنّ الفسخ بعد القبض استحسان. وهذا إشارة منه إلى أنّ القياس كون مجرّد القبض مانعاً من الفسخ. وهو مقتضى المذهب الّذي حكيناه من كون العقد الفاسد إذا اتّصل به القبض ينقل الأملاك. وإذا تحقّق نقل الملك لم يتصوّر الفسخ. وقد أطلق القول بعض أشياخي على ذلك الخلاف في البيع الفاسد، هل يفوت بالعقد أو/ القبض، تخريجاً منه ذلك من مسئلة من أسلم في ثمر بعينه على الكيل لمّا زهي بشرط أن يأخذه تمراً. فإنّا كنّا قدّمنا في كتاب السلم ذكر الاختلاف، هل يكره ذلك وينهى عن العقد؟ فإنْ وقع العقد، فسخ إذا لم يقبض، أو يمضي بمجرّد العقد ويفوت المبيع بالقبض؟ وهذا التّخريج عندي لا يحسن إطلاقه، لأنّ هذه المسئلة وأمثالها إنّما يحمل النّهي فيها على الكراهة لا على التّحريم المتّضح. والكراهة لا تلحق بالتّحريم ويحسن أن يقال فيها: ينهى عن هذا العقد لكونه مكروهاً. فإن عقد، لم يفسخ لكونه ليس محرّماً. وهكذا قال **ابن القاسم** فيمن باع نخلاً مثمراً على أن يختار منها نخلات، أي لَكُره هذا البيع. فإن وقع أمضيته، لقول **مالك** فيه. فشتّان ما بين مكروه ومحرّم، ومجمع عليه ومختلف فيه. وقد قال **مالك**: ما كراهة النّاس فيه من هذه العقود، فإنّه يفسخه إلاّ أن يفوت فيمضي، فعبّر عن ذلك بالكراهة. لكن **ابن مسلمة** لمّا أطلق القول بأنّ الفسخ بعد القبض في البياعات الفاسدة استحسان، صار هذا منه كالمسهّل لهذا التّخريج. وقد قدّمنا نحن من ذكر المذاهب في تأثير العقد الفاسد المتّصل به القبض ما تبنى عليه هذه المسئلة.

وإذا وضح ما قلناه في مجرّد العقد المتّصل به القبض، فلنذكر هاهنا ما

ذكرنا من الأقسام المفيتة، ونذكر حكمها في كلّ قسم من الأجناس المبيعة.

فأمّا العقار، فإنّ ذهاب عينه، واندراسَه الّذي يقوم مقام ذهاب العين، فلا خفاء بكون ذلك فوتاً يمنع الرّدّ للمبيع. لأنّ ردّ عين المبيع مع ذهابها يستحيل، وكذلك اندراسها المقارب لذهاب عينها. وأمّا التّغيير لها، فإنّها إن كانت دياراً فإنّ الهدم يفيتها. والأبنية في أرضها تفيتها. والأرضون يفيتها الغرس أو قطعه، وحفر الآبار وشقّ العيون، وما في معنى ذلك. لكون هذه الأحوال يتحوّل معها الغرض المقصود من العقار. والغرض المقصود إذا تبدّل في العين فصارت[1] العين كأنّها غير موجودة. وهذا الّذي قلناه يشير لك إلى توجيه ما قاله **أصبغ** فيمن اشترى أرضاً شراء فاسداً، فغرس فيها غرساً، فإنّه قسّمه على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يغرس جميع ما أحاط بالأرض ويبقي جلّها بياضاً، فإنّ ذلك فوت.

وإن غرس منها ناحية بعينها، ممّا لها مقدار بالنّسبة إلى ما بقي، فإنّ المغروس خاصّة هو الّذي يفوت.

وإن كانت هذه النّاحية لا مقدار لها، لم يفت شيء من الأرض وتردّ إلى بائعها ويقضى عليه بقيمة الغرس. والأشبه أن يقضى عليه بقيمته قائماً لكونه غرس بوجه شبهة. وإن كان **أصبغ** لم يصرّح بهذا، ولكن مقتضى المذهب هذا الّذي قلناه.

فأنت تراه كيف جعل الغرس فوتاً/ للجميع، أو ليس بفوت في الجميع، أو فوتاً في المغروس دون ما لم يغرس. وما ذلك إلاّ لما قلناه من اتّضاح اختلاف/ الأغراض وتباينها أو تقاربها. فاعتبار ذلك ودّاه إلى هذا التّقسيم الّذي قسمه.

وقد اضطرب الأشياخ في مسئلة **المدوّنة** إذا باع جارية بجاريتين بيعاً فاسداً، فإنّه ذكر في **المدوّنة** فسخ العقد وإلزام القيمة مع فوات المبيع. وتنازع

(1) هكذا في النسختين؛ والأوْلى حذف الفاء.

الأشياخ إذا كان الفوت في الجارية الرّفيعة من الجاريتين اللتّين بيعتا بيعاً فاسداً، والجارية الّتي هي الحقيرة من الصفقة لم تفت، هل ينسحب حكم فوت الرّفيعة على المحتقرة حتّى يقدّر أنها كالفائتة لكونها تابعاً لما فات، والتّابع يجري عليه حكم المتبوع، على حسب ما نقوله في أحكام الاستحقاق لإحدى الجاريتين، أو ردّ إحداهما بعيب، أو يفسخ البيع في الّتي لم تفت، وإن كانت محتقرة، لكون الفسخ حقّاً لله سبحانه، وحقّه غير مبنيّ على الأغراض. فلا يعقد في المحتقرة عقد فاسد من غير حصول فوت، بخلاف أحكام البيوع والاستحقاق، فإنّها مبنيّة على حقوق الخلق واعتبار أغراضهم. فإذا استحقّت الرّفيعة من الجارتين وانتقض البيع فيها، كان لمن استحق ذلك من يده ردّ المحتقرة الّتي لم تستحقّ لبطلان غرضه في الصفقة لمّا استحقّ جلّها والمقصود. وقد رأى أصبغ أنّ مرور السنين الكثيرة كالعشرين ونحوها على الدّيار المبيعة بيعاً فاسداً يفيتها، واعتلّ بأنّ ذلك لا يكون حتّى تتغيّر بالبلى. وهذا لا يخالَف فيه. والرّوايات المذكور فيها أنّ مجرّد الطّول لا يكون فوتاً، إنما أطلقت على أنّ طول الزّمان لم يغيّر عينها.

وأمّا حوَالة الأسواق في العقار، ففيه اختلاف: هل يفيت البيع الفاسد أم لا؟ فالأشهر لا يفيته. وقال ابن وهب: إنّ ذلك يفيته. وأجرى العقّار مجرى العروض. وإذا كان السبب المانع من الفسخ المعادلة بين المتبايعين في رفع الضّرر عنهما. ومن الضّرر إذا زادت قيمة السلعة في يد المشتري أن يؤخذ من يديه، فيخسر ما اشتراها لأجله من الرّبح. وإذا نقصت قيمتها فرددناها على البائع، أضررنا أيضاً به. فكان من العدل بينهما المساواة في نفي هذا الضّرر عنهما. فجعلتَ اختلاف الأسواق بزيادة أو نقصان يفيت البيع الفاسد، ولا فرق بين العروض والعقار في اعتبار هذا الضّرر. وأشار بعض الأشياخ إلى الاعتذار عن المذهب المشهور من التّفرقة بين العقار والعروض بأنّ الغالب في الدّيار أنّها لا تشترى للتّجارة بل للقنية والسكنى أو الاغتلال. فلم يؤثّر اختلاف الأسواق لمّا لم يكن ذلك مقصوداً عند المتعاقدين فيها. والغالب في العروض شراؤها

للتّجارة. وإذا كان مقصود المتعاقدين زيادة الأسواق فيها وانخفاضها، أثّر ذلك في/ العقد ومنع من الفسخ، وتغيّر الحكم في الفسخ لمّا تغيّر المقصود. وإذا نقض البيع في العقار المبيع بيعاً فاسداً قبل الفوت ولم ينقض بعد الفوت وقد بيّنا وجوه الفوت، فإنّ الزّرع في الأرض لا يفيتها ولا الإثمار في النّخل. فأمّا الزّرع فإنّه من حقّ المشتري للأرض شراء فاسداً أن يبقى زرعه فيها إلى أن يحصده من غير أن يجب عليه كراء، لكونه كمحتلّ بوجه شبهة، وضامناً لما اغتلّه. وقد قال عليه السلام: «**الخراج بالضّمان**»[1]. إلاّ أن يتوجّه الحكم عليه بفسخ البيع، وإبّانُ الزّراعة لم يفت، فإنّه يجب عليه كراء الأرض، لأنّ الأصل إذا حكم بالفسخ، قلع زرعه وردّ الأرض فارغة إلى بائعها على حسب ما أخذها منه، لكن في ذلك إتلاف مال المشتري وإضرار. وقد قدّمنا أنّ حوّالة الأسواق تمنع من ردّ المبيع لنفي الضّرر عن المشتري إن زاد سوق السلعة، وهي في يديه، وعن البائع إن نقص/ سوقها، وهي في يد المشتري، فكذلك يجب مراعاة حقّ المشتري في أن لا يُتلَف زرعه فيجب إبقاؤه لأجل هذا، ولكن في إبقائه أيضاً منع البائع من زراعة أرضه، وإبّانُ زراعته لم يفت، فيجب أيضاً ألاّ يُضَرَّ بالبائع ويُحرَم الانتفاع بأرضه. فكان العدل بينهما إقرار زرع المشتري وإعطاء البائع كراء ما حُرِم الانتفاعَ به. فإذا وقع الفسخ بعد الإبّان، فإنّ البائع لم يحرم انتفاعاً يجب أن يعاوض عنه. وأمّا لو كانت نخلاً أثمرت وقد اشتريت شراء فاسداً، فإنّ الثّمرة تردّ على البائع لمّا وجب ردّ النّخل، إلاّ أن يحصل لها حكم كونها غلّة، فيكون للمشتري لكونه ضامناً، والخراج بالضّمان. واختلف متى يكون هاهنا غلّة، فقيل بطيابها، فإذا طابت كانت للمشتري ولا بدّ مع النّخل، كما لو قبضها المشتري وأكلها، ثمّ وقع الفسخ بعد ذلك. وقيل: بل يكون لها هاهنا حكم الغلّة بالإبّار وتكون للمشتري. وسنبسط الكلام على هذا وأمثاله في الحال الّتي تكون بها الثّمرة غلّة إذا ردّت النّخل بعيب أو استحقّت أو أخذت بشفعة أو بحكم تفليس، وأحكام نفقة المشتري عليها وسقيه لها في

(1) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم - جامع الترمذي ج2 ص 561 ح 1285

المواضع الّتي تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى. فإذا تقرّر حكم الفوت في العقار، فإنّ العروض يفيتها في البيع الفاسد ذهاب عينها، وتغيّرها في ذاتها، أو تغيّر أسواقها. وهذا لمَا قدّمناه من المعادلة بين المتبايعين في نفي الضّرر عنهما. فلو قضينا بردّ العين بعد تغيير[1] ذاتها أو تغيير[1] سوقها لألحقنا بأحدهما ضرراً دون صاحبه، وهما قد استويا في سبب الفسخ دخلا فيه مدخلاً واحداً. بخلاف الرّدّ بالعيب، فإنّ العروض لا يمنع من ردّها تغيّر سوقها لمّا كان العيب من جهة البائع دون المشتري./ وقد يظنّ بالبائع أنّه علم به، فلم يبيّنه أو فرّط في الكشف عنه لمّا باع سلعهُ على أنّها سالمة، والمشتري يقدّر أنّ الأمر على ما أظهره البائع له. وكذلك يفيت العروض أيضاً، في البيع الفاسد، نقلُها من بلد إلى بلد، لكون ردّها إلى البلد الّذي بيعت فيه لا يمكن في غالب العادة إلاّ بمشقّة سفرها وأداء إجارة على حملها.

وأمّا الحيوان، فإنّه يفيته حوالة الأسواق أيضاً، وأمّا نقله من بلد إلى بلد، فإنّ ذلك لا يفيته لكونه لا يفتقر إلى حمل بل يمشي بنفسه. بخلاف العروض الّتي لا تنتقل بنفسها. وإذا انتفت المضرّة في ردّه وكان علة الفوت لحوق المضرّة بأحد المتبايعين وجب في الحيوان أن لا يكون نقله فوتاً. لكن مقتضى هذا التّعليل أن يكون إذا تصوّر فيه الضّرر بركوب غرر في ردّه أو غير ذلك ممّا في معناه أن يلحق بالعروض ويكون نقله فوتاً. واختلف في مجرّد طول زمان مرّ على الحيوان ولم يتغيّر الحيوان في ذاته ولا في سوقه، هل يكون فوتاً؟ فذكر في كتاب العيوب من **المدوّنة** أنّ مرور شهر عليه يكون فوتاً له. وذكر في كتاب السلم أنّ الشّهر والشّهرين لا يكون فوتاً. واعتقد بعض أشايخي أنّ هذا قول على الإطلاق. وليس الأمر كذلك، وإنّما هو اختلاف قول في شهادة بعادة[2]. لأنّه أشار في **المدوّنة** إلى أنّ المقدار الّذي حدّه من الزّمان لا يمضي إلاّ وقد

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تغيُّر.

(2) في نسخة المدنية: بعادلة.

تغيّر الحيوان، فلهذا رآه مفيتاً. فحصل من هذا أنّ الاعتبار بالتّعيين[1] بالذّات أو السوق. والتغيّر قد يكون مدركاً محسوساً، وقد يكون مستدلاً عليه بطول زمان، فيقع الاختلاف في تحديد هذا الزّمن الّذي يستدلّ به على التّغيّر.

وأمّا المكيل والموزون فإنّه إذا لم يتغيّر في ذاته ولا في سوقه، فإنّه يفسخ البيع فيه لعدم ما يفيته. وإن تغيّر في ذاته أو انعدمت ذاته ولم يتغيّر في سوقه، فإنّ الواجب ردّ مثله/ لأنّ مثله يقوم مقام عينه. وقد فرضنا أنّ عينه إذا لم تتغيّر ولا تغيّر سوقه أنّ الفسخ فيه واقع.

فإذا تغيّرت عينه أو انعدمت، وانضاف إلى ذلك تغيّر سوقه، فإنّ في المذهب قولين: أحدهما، وهو المشهور، أنّ تغيّر السوق فيه لا تأثير له، ولا يعدّ فوتاً. وذهب ابن وهب وغيره إلى أنّ تغير السوق فيه يعدّ فوتاً مع قيام العين أو انعدامها. وهذا الّذي قاله مقتضى طرد التّعليل الّذي قدّمناه مراراً، من الالتفات إلى المعادلة بين المتبائعين في كون أحدهما لا يختصّ بضرر، إذا وقع الفسخ، دون صاحبه. ومقتضى هذا أن يوجب القيمة إذا وقع الفسخ في المكيل والموزون لأجل تغير سوقه. فإذا قضينا بذلك، انتفى الضّرر عن اختصاصه بأحدهما دون الآخر.

وكأن من ذهب إلى القول المشهور/ يرى أنّ العرض إذا تلف، قضى بقيمته. وإذا تغيّرت سوقه مع وجود عينه، جرى ذلك مجرى تلف عينه فتجب القيمة. فلمّا كان الإتلاف لعين العرض كتغيّر سوقه، وكان إتلاف عين الموزون والمكيل يوجب مثله، وجب أن يكون تغيّر سوقه كإتلاف عينه أيضاً، فيجب فيه المثل إن عدمت عينه، ويردّ بعينه إن بقيت العين موجودة، لكون عينه بالرّدّ أولى من ردّ مثلها. فمقتضى هذا لا تؤثّر حوّالة السوق فيه لما بيّناه. ولا يجب العدول عن أصل الشّرع المقرّر فيه في غرامة مثله إن أتلف إلى غرامة قيمته من غير دليل يلجي إلى الخروج عن هذا الأصل المقرّر فيه.

(1) هكذا في النسختين، والصواب: التغيّر.

وأمّا نقله من بلد إلى بلد فيجري مجرى العروض لكونه لا ينقل بنفسه، بل يفتقر إلى كلفة في نقله وإجارة على حمله.

وهذا إذا اشترى المكيل والموزون على الكيل والوزن. وأمّا إن بيع جزافاً، فإنّه لا يصحّ أن يقضي بمثله لكون مقداره مجهولاً، ولا يلحق حكمه بالمكيل والموزون في الفوت، بل يلحق بأحكام فوت العروض لمّا كان الواجب فيه عند انعدام عينه القيمة كما يجب في العروض. لكن وقع اختلاف بين **المدوّنة والموّازيّة** في السيف المحلّى إذا بيع بيعاً فاسداً، هل يمنع من ردّ عين الحلية حوالة السوق فيه أو لا؟ وقد ذكرنا ذلك في كتاب الصرف. وقد كان بعض أشياخي يذهب إلى أنّ هذا المكيل المبيع جزافاً إذا أراد بائعه أن يقضى له بأقلّ ما يقدر فيه من المكيلة، أنّ ذلك له، ويصير حينئذ كالمبيع على الوزن أو الكيل، وكذلك إذا أراد المشتري أن يغرم ما يتحقّق أنّ الّذي يغرمه أكثر ممّا أتلف.

وذهب إلى أنّ المذهب على قولين فيما بيع جزافاً، ثمّ علم كيله بعد ذلك، هل يعود الحكم إلى ما علم من حاله بعد عقد البيع فيقضي فيه بالمثل، أو يبقى على حكمه حين عقد البيع على كون المبيع غير متيقّن مقداره. وقد أشار الشّيخ **أبو محمّد بن أبي زيد** إلى إمكان ارتفاع الخلاف في هذا لما نقل المذهب فيمن باع ثمرة قبل الزهُوّ فجذّها المشتري رُطَباً، أنّ البيع يفسخ ويردّ المكيلة تمراً إن كان جدها بعد أن صارت تمراً. وسنذكر ما أشار إليه إذا تكلّمنا على المسئلة بعد هذا. وأمّا إذا تقرّر[1] أحكام نوعين من المفيتات وهما تغيّر السوق أو الذّات في جميع أجناس المبيعات.

فلنذكر الفوت بالقسم الثّالث وهو خروج المبيع من الملك. فإذا بيع أحد أجناس المبيعات بيعاً فاسداً ثمّ باعه مشتريه بعد قبضه بيعاً صحيحاً، فإنّه لا يخلو: أن يكون فساد البيع واضحاً متّفقاً على فساده لا إشكال في الدّليل الّذي منع منه. فإنّ المذهب على قولين في كون البيع الصحيح الّذي عقده المشتري

(1) هكذا في النسختين ولعل الأولى حذف وأما.

مفيتاً للبيع الفاسد. وقد قدّمنا ذكرهما وأشرنا إلى أنّ **سحنوناً** يرى هذا العقد الفاسد لا ينقل/ الملك ولا شبهة الملك، وأنّ القبض فيه يلحق بقبض الرّهان. والرّهن إذا/ باعه من هو في يديه لم ينفذ بيعه فيه. وذكرنا أنّه المشهور من المذهب، وأنّ عقدة الصحيح مفيتة لشرائه إيّاه شراء فاسداً، لتعلّق حقّ المشتري به، وكون البائع سلم المبيع إليه، وهو قد أذن له في التّصرّف فيه، ومن التصرّف فيه بيعه إيّاه، فلو قرّرنا أنّ الملك لم ينتقل ولا شبهة الملك، لكنّا ننفذ هذا العقد الثّاني لكون البائع أذن فيه وسلّط المشتري على عقده.

وأمّا إن كان العقد الفاسد مختلفاً فيه اختلاف طرق الاجتهاد، فإنّه يمضي بيعه فيه، ويكون ذلك فوتاً للبيع الفاسد إذا كان المشتري لم يبعه بيعاً صحيحاً إلاّ بعد أن قبضه وصار في يديه. فأمّا إن باعه قبل قبضه وهو في يد بائعه لم يمكنه منه، فإنّ الظّاهر كون المذهب على قولين في انعقاد بيعه فيه. وقد تنازع الأشياخ ما مقتضى **المدوّنة** من هذين القولين، فقال بعضهم: مقتضاها كون هذا البيع الصحيح لا يفيت البيع الفاسد، لقوله في كتاب العيوب من **المدوّنة** فيمن اشترى سلعة شراء فاسداً ثمّ باعها بيعاً صحيحاً: إنّ عليه قيمتها يوم قبضها وينفذ[1] بيعه الصحيح فيها إن كان قبضها. فرأى هؤلاء أنّه لمّا اشترط في نفوذ بيعه كون بيعه واقعاً بعد أن قبضها، كان دليل هذا الخطاب يقتضي أنّه لا ينفذ بيعه فيها إذا باعها قبل قبضها. ورأى من خالفهم في هذا التّأويل أنّه يمكن أن يكون أراد بهذا الاشتراط صرفه إلى ما قدّمه من قوله: عليه قيمتها يوم قبضها. وقصد أن يبيّن أنّ قوله: عليه قيمتها/ يوم قبضها، أنّ ذلك إنّما يتصوّر إن كان قبضها، وتعلّق هؤلاء أيضاً بقوله: ولو تصدّق بها قبل قبضها، للزمه قيمتها يوم تصدّق بها. فإذا نفذت الصدقة قبل القبض، فأحرى أن ينفذ البيع قبل القبض لكونه آكد من الصدقة. وهذه المبالغة الّتي أشاروا إليها قد لا يسلمها لهم الآخرون، ويقولون: لا يكون البيع أحرى من الصدقة لأنّ البيع إذا نقض رجع المشتري بالثّمن، فلم يلحقه ضرر بالفسخ. والصدقة إذا نقضت بعد أن قبضها

(1) في المدنية: وينعقد.

المتصدّق عليه، لم يرجع عليه بشيء ففاته ملك من غير عوض يأخذُهُ عنه. هذا ممّا يمكن عندي أن يدافعهم به الآخرون. وتعلّق أيضاً من ذهب إلى أنّ **المدوّنة** تقتضي كون البيع الواقع قبل القبض لا ينفذ بقوله في كتاب السلم فيمن اكترى داراً كراءاً فاسداً ثمّ أكراها كراءاً صحيحاً: إنّ المكتري كراءاً فاسداً يردّ الغلّة. وإذا وجب عليه ردّها اقتضى ذلك أنّه لم ينفذ عقده الصحيح فيها. وقال الآخرون/ : المراد بردّ الغلّة قيمة الغلّة. والتعلّق بهذه المسئلة فيه نظر عندي، وذلك أنّ المكتري لهذه الدّار كراء فاسداً إذا سلّمت إليه، فقد صار قابضاً لها وكالقابض لمنافعها الّتي أكراهاً، لا سيما وقد أتلف من هذه المنافع من اكتراها منه كراء صحيحاً. فيحصل من هذا أنّ عقد البيع الصحيح إنّما وقع بعد قبض المبيع، وقد قدّمنا أنّ وقوعه بعد قبض المبيع لا يختلف فيه إذا كان الفساد غير مجمع عليه. والمراد ها هنا تطلب حلّ البيع الصحيح قبل القبض. وهذا الّذي اعتذرنا عنه به نحن في هذه المسئلة لا يمنع من تصوّره كونُ ضمان المنافع من الّذي باعها بيعاً فاسداً، وكونُ الضّمان منه يصيِّر القبضَ كالعدم. لأنّ الأمر لو كان كذلك لم يختلف في منع أخذ دار معيّنة عوضاً عن دين مضمون في الذّمّة. وقد قدّمنا نحن اختلاف **ابن القاسم وأشهب** في ذلك، وأنّ القول بإجازة ذلك مبنيّ على أنّ قبض أوّل المنافع كالقبض لجميعها، أو لغير ذلك ممّا أشرنا إليه، مع كون الضّمان لم يختلف أنّه باق على المديان الّذي سلّم منافع هذه الدّار عوضاً عن دين عليه/ . وكذلك أيضاً تعلّق بعض الأشياخ بمسئلة **الموّازيّة**. فيمن اشترى ثمراً قبل الزّهوّ على التّبقية، ثمّ باعه بيعاً صحيحاً. فذكر **ابن الموّاز** عن **مالك** أنّه قال: عليه قيمته يوم بدا صلاحه. وقال **ابن الموّاز**: بل إنّما تكون عليه القيمة يوم أفاته بالبيع الصحيح. وحكي عن **مالك** أيضاً أنّه قال: يردّ مثل المكيلة. وقوله هذا يقتضي أنّ البيع الصحيح لا يفيت البيع الفاسد، لأنّه لو أفاته لم تردّ المكيلة الّتي قبضت عن بيع صحيح يجب إنفاذه، وإنّما يكون الواجب عليه قيمة ما اشتراه يوم أفاته بالبيع، كما قال **ابن الموّاز**، أو قيمته يوم بدا صلاحه. ويكون وجه هذا القول أنّ البائع دخل مع المشتري على

أنّه مكّنه من جدّ هذه الثّمرة إذا بدا صلاحها. والتّمكين يعدّ كالقبض على أحد القولين. والبيع الصّحيح بعد حصول القبض ينفذ بغير خلاف على حسب ما قدّمناه. وقد تأوّل أيضاً من خالف أصحاب هذا المذهب هذه الرّواية على المراد بها أنّه يردّ مثل المكيلة يوم باعها وأفاتها بالبيع، وقد علم كيلها يوم أفاتها بالبيع. فلمّا وجب نقض البيع الأوّل الفاسد ردّ مثل المبيع لكون المبيع مكيلاً، كما يردّ قيمة العرض إذا فات، وقد وجب نقض البيع فيه.

وأشار بعض أشياخي إلى تأويل آخر وهو أنّ الضّمان في الثّمرة على بائعها ما دامت محتاجة إلى السقي، على ما سيأتي في كتاب الجوائح، وإذا كان الأمر كذلك، فإنّ الجائحة يطلب بها المشتري الأوّل، الّذي اشترى شراءاً فاسداً، مَن باع الثّمرة منه. فإذا كان لكلّ واحد منهما على من[1] باع منه الطّلب بحكم الجائحة،/ وكان الضّمان من البائع وجب أن يردّ مثل المكيلة تمراً، وهي الحالة الّتي سقط بها الضّمان عن البائع الأوّل وعن البائع الثّاني.

وكأن هذا اعتذار منه عن وجوب ردّها تمراً، وهو لم يفتها بالبيع إلاّ قبل أن تصير تمراً، على مقتضى ظاهر الرّوايات في وجوب ردّ مثل المكيلة تمراً، وإن وقع البيع الصحيح قبل أن يصير تمراً.

وهذا الاعتذار منه يتعلّق بالكلام على مسئلة أخرى، وهي أنّ من باع قبل الزّهوّ فتركه حتّى زهي فجدّه رطباً، فإنّ البيع فاسد، ويجب عليه ردّ قيمة الرّطب إذا فات، وفات إبّانه حتّى لا يوجد مثله ولو كان مكيلاً.

(أمّا عقد البيع على كونه جزافاً وتعذّر وجود ردّ مثل المكيلة تمراً وإن وقع البيع صحيحاً قبل أن يصير تمراً)[2]. وأمّا لو لم يتعذّر وجود مثله، ولكنّه علم كيله بعد العقد، فإنّا قدّمنا ما وقع في ذلك لبعض أشياخي من إضافته إلى المذهب قولين في هذا.

---

(1) (من) ساقطة في النسختين.

(2) هكذا في النسختين، وهو غير واضح.

وأشار الشّيخ أبو **محمّد ابن أبي زيد** إلى تأويل يرفع الخلاف فيه. واضطرب الأشياخ في من باع تمراً قبل الزّهو على التّبقية، فجدّه مشتريه عقيب العقد، هل تعتبر فيه القيمة إذا وجبت على المشتري على الرّجاء أن تبقى حتّى تصير تمراً، أو يُعَاهُ قبل ذلك، أو يجب فيه القيمة مطلقاً على حالته الّتي جدّ عليها. فذهب بعضهم إلى أنّ القيمة تجب على الرّجاء والخوف قياساً على من تعدّى على زرع قبل زهوه فأتلفه، فإنّ القيمة الواجبة عليه يعتبر فيها رجاء سلامته والتخوّف من عاهته.

وأنكر **أبو القاسم بن الكاتب** هذا القياس، وقال: إنّما وجب على المتعدّي القيمة على الرّجاء والخوف لأجل أنّه لم يؤذن له في حصد هذا الزّرع وإتلافه قبل بلوغه الغرض المقصود منه، وهذا الّذي اشترى تمراً على التّبقيه شراء فاسداً قد أذن له البائع في التصرّف فيه بالجدّ وغيره، فلم يلزمه إلاّ قيمته على الحالة الّتي جدّه عليها، لأنّ الّذي منع منه من رجاء بقاء الثّمرة حتّى تصير تمراً، لم يكن منه إلاّ بإذن البائع، فلا مطالبة عليه بأن حرمه منفعة/ هو أذن له في حرمانه إيّاها.

وأشار بعض الأشياخ إلى اعتبار هذا الشّرط للتّبقية، هل هو حقّ للمشتري خاصّة إن شاء أبقى الثّمرة إلى أن تصير تمراً، وإن شاء لم يبقها، فيكون ما قاله **ابن الكاتب** هو الصّوَاب، لكون المشتري لم يمنع البائع من حقّ له ولا منفعة. أو يكون للبائع في هذا حقّ، لكون الجدّ قبل الطّياب يؤذي شجره ويضرّبه، ومن حقّه أن يمنع ما يضرّبه، فيحسن ما قاله الآخرون من اعتبار القيمة على الرّجاء والخوف.

وهذا التّفصيل يقتضي أن يكون حقّ البائع في المطالبة بما لحقه من الضّرر في شجره، لا قيمة ما حُرِمه من رجاء طِياب الثّمرة، إذ لا حقّ له في ذلك إذا لم يكن له فيه منفعة ولا تلحقه مضرّة.

وكان/ بعض أشياخي يرى أنّ من باع ثمرة قبل الزّهو، فتركها مشتريها

حتّى صارت رطباً فجدّها، أنّ البائع لا يلزمه أخذ عين الرّطب المجدود، ولو كان قائماً، لكون الواجب على المشتري القيمة على الرّجاء والخوف. وإذا أخذه رطباً هضم من حقّه المنفعة الّتي كان يرجوها، وهذا منه ذهاب إلى إحدى الطّريقتين الّتي ذكرناها عن بعض الأشياخ.

فإذا تقرّر أحد الأسباب المفيتة، وهو إخراج المبيع بيعاً فاسداً عن يد مشتريه، فإنّ ذلك يكون بأنواع منها البيع، وقد استقصينا الكلام عليه إذا وقع بعد قبض المبيع أو قبل قبضه. ومنها الهبة والصدقة والعتق، وحكم ذلك حكم البيع الواقع بعد القبض أو قبل القبض. وكذلك ما يؤدّي إلى الخروج عن الملك كالكتابة والتّدبير والاستيلاد والعتق إلى أجل، فإنّ جميع هذه الأمور مفيتات للبيع الفاسد، والحكم فيها كالحكم في البيع إذا وقع قبل قبض المبيع أو بعده، جميع ذلك يجري على أسلوب واحد.

ومن الأسباب المفيتات ما ذكرناه فيما تقدّم من تعلّق حقّ غير البائع والمشتري بهذا المبيع بيعاً فاسداً، وذلك كرهن السلعة المبيعة بيعاً فاسداً أو إجارتها أو إخدامها إن كانت حيواناً، ووقعت الخدمة إلى أجل حتّى تجري مجرى الإجارات في حكم الفوت.

وممّا قد يعدّ قسماً خامساً في المفيتات الوطء للأمة اشتريت شراء فاسداً، فإنّ في **الموّازيّة** أنّ ذلك فوت. وإنّما لم نثبته نحن قسماً لأنّ التّعليل لهذا المذهب يلحق هذا القسم بأحد ما ذكرناه من الأقسام المفيتة، وذلك أنّ الوطء يوجب منع البائع من وطء هذه الأمة الّتي باعها بيعاً فاسداً، ويوجب إيقافها لأجل الاستبراء، وهذا أمر يحول بينه وبين ملكه، ويمنعه من الانتفاع به، فلهذا وجبت القيمة فيه. وجرى ذلك مجرى نقل العروض والطّعام من بلد إلى بلد في كون ذلك فوتاً، لمّا حال بين البائع وبين قبضه، لمّا وجب أن يُرَدَّ عليه. ولكن مقتضى هذا التّعليل أنّ الأمة المبيعة بيعاً فاسداً لو كانت من الوخش اللاّتي لا يردن للوطْء، لم يكن الوطْء فوتاً لكونه لم يمنع البائع إذا ردّت هذه الأمة عليه

من منفعة مقصودة منها. لكنّه يمنع من بيعها لأجل حقّ الله سبحانه في منع بيع أمّهات الأولاد، ولكون أن يكون المشتري الّذي وطئها قد عَلِقت منه، فيصير من حقّه منع البائع من بيعها ووطئها لأجل حقّه في الولد أيضاً. لكن إذا لم يثبت وطْء المشتري ببيّنة ولا إقرار منه، ولكنّه غاب عليها، فإنّ البائع إن صدّقه في ذلك، كان ذلك فوتاً لاتّفاقهما على أنّه لا يسوغ ردّها إلى البائع/ . وإن أكذبه البائع في ذلك لم يتحقّق الفوت، ولكن ينظر في حكم الإيقاف لحقّ الله تعالى في ذلك. ويفترق فيه حكم الجارية المرتفعة من الوخش، على حسب ما سيأتي بيانه في كتاب الاستبراء إن شاء الله تعالى. وكذلك نبيّن أيضاً سبب الاختلاف في الوطء، هل يمنع من الرّدّ بالعيب وكون الغيبة بمجرّدها/ لا تمنع من الرّدّ بالعيب إذا صدق البائع المشتري/ في أنّه لم يطأ، بخلاف الغيبة على أمة أخذت على وجه الغصب، فإنّ الغيبة عليها عيب فيها، والغاصب يضمن بالعيب اليسير، فهذا كلّه يَرِدُ في مواضعه مستقصًى أحكامه، وحكم الغيبة على أمة أراد الأب أن يعتصرها أو محلّلة غاب عليها من حلّلت له.

والجواب عن السؤال الخامس[1] **أن يقال**: قد تقرّر، فيما تقدّم، المبيعات بيعاً فاسداً والأنواع المفيتة لها. فإذا تحقّق الوجه المفيت للبيع، وحكم بموجبه، وقضى القاضي بردّ العين أو القيمة أو المثل، لم يرتفع حكم ما قضاه بارتفاع الأسباب الموجبة للفوت. وإن حصل السبب الموجب للفوت فلم ينظر فيه حتّى ارتفع، فهل يرتفع حكم الفوت بارتفاع سببه أم لا؟ هذا فيه اختلاف في المذهب كثير فروعه.

فذكر في **المدوّنة** فيمن باع سلعة بيعاً فاسداً، فحالت سوقها وهي بيد المشتري، ثمّ عادت السوق إلى ما كانت عليه حين عقد البيع، فإنّ الفوت قد حصل في القيمة قد لزمت[2] وارتفع السبب الموجب لها وهو تغيّر السوق. وأمّا إن كان السبب المفيت لها بيع مشتريها لها بيعاً صحيحاً ثمّ عادت إليه بميراث أو

(1) هذا السؤال ساقط في تعداد الأسئلة.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وقد لزمت.

هبة أو اشتراء أوردت عليه بعيب، فإنّه ذكر في **المدوّنة** اختلافاً في هذا، وأنّ **ابن القاسم** يرى أنّ حكم الفوت قد ارتفع لمّا ارتفع حكم البيع الّذي وقع من المشتري. وأن **أشهب** يرى أنّ حكم الفوت لم يرتفع لمّا لم يرتفع، عنده وعند **ابن القاسم**، حكم الفوت بارتفاع تغيّر السوق وكون القيمة لزمت، فلا يرتفع ما لزمه بارتفاع سببه. وقد أكثر المتأخّرون الاعتذار عن **ابن القاسم** في تفرقته بين هذين السببين المفيتين.

فرأى أنّ المفيت إذا كان تغيّر السوق ثمّ ارتفع، فإنّ حكم الفوت لا يرتفع. وإن كان السبب المفيت عقد بيع صحيح، ثمّ ارتفع، فإنّ حكم الفوت يرتفع. فأشار الشّيخ **أبو الحسن ابن القابسي**، رحمه الله، إلى أنّ السوق إذا تغيّرت ثمّ عادت، فإنّ السوق الثّانية ليست هي السوق الأولى بعينها وإنّما هي مثلها، والسلعة الّتي اشتريت شراء فاسداً، فإنّا نقطع قطعاً أنّ المبيع بعينه عاد على ما هو عليه؛ فلم يؤثر/ سبب الفوت لمّا ارتفع ارتفاعاً مقطوعاً به. وكأنّه، رحمه الله، يشير إلى أنّ عدم اليقين والقطع على كون السوق الّتي تغيّرت ارتفع[1] تغيّرها يمنع من ارتفاع حكم الفوت، والقطع على أنّ السلعة المبيعة بعينها، عادت، تقتضي ارتفاع سبب الفوت. وهذا الّذي قاله لا يشفي الغليل. وذلك أنّ البيع هو المفيت لهذا الّذي اشتُرِي شراء فاسداً. ونحن نقطع قطعاً أنّه قد وقع، فلا معنى للتعرّض إلى كون السلعة بعينها عادت لأنّ نفس السلعة وعينها ليس هو السبب المفيت، وإنّما المفيت بيعها، فلا فرق بين سوق تغيّرت ثمّ عادت، أو سلعة بيعت ثمّ عادت، بل ربّما قيل: إنّ التغيّر المفيت قد لا يقطع به ووقوع البيع ممّا يقطع به في الظّاهر المحسوس.

وسلك الشّيخ **أبو عمران**، رحمه الله، قريباً من مسلكه فقال: السلعة الّتي بيعت بيعاً صحيحاً/ وقد اشتريت شراء فاسداً، يجب نقض البيع الفاسد الّذي وقع فيها، ولكن يد المشتري شراء صحيحاً صارت حاجزة بيننا وبين ردّ هذا

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ارتفاع.

المبيع، فإذا زال الحاجز، تمكّن من إيقاع الحكم. وتغيّر السوق أوجب منع الرّدّ، وعودُه إلى ما كان عليه أمر ثان غير الأوّل. وهذا أيضاً قريب من مسلك الشّيخ **أبي الحسن**.

وقال غيرهما: إنّما الفرق عند **ابن القاسم** أنّ تغيّر السوق ممّا لا يدخل تحت قدرة العباد، وما لا يكتسب لا يتّهم النّاس فيه، والبيع ممّا يكتسب، فيمكن أن يكون المشتري للسلعة شراء فاسداً أظهرالبيع ليمنع من نقض ما اشترى شراء فاسداً، فلمّا تطرّقت التّهمة إليه في ذلك، وتأكّدت التّهمة بأن عادت السلعة إلى يده، فظنّ به أنّ ذلك البيع/ إنّما كان زوراً فلم يؤثّر وقوعه. والسوق إذا تغيّرت لا يتّهم المشتري ولا البائع على أنّهما تواطآ على تغيّرها قصداً للمنع من نقض فعلها. ألاترى أنّه ذكر في كتاب العتق فيمن حلف بعتق عبده إلاّ فعل فعلاً، ثمّ باع العبد ثمّ اشتراه، فإنّ اليمين يبقى حكمها لمّا اتّهم أن يكون أظهر البيع زوراً ليرفع حكم اليمين.

وهذا الفرق أيضاً والتّمثيل يقدح فيه بأنّه ذكر في **المدوّنة** في هذا الّذي اشترى سلعة شراء فاسداً، ثمّ باعها بيعاً صحيحاً، ثم عادت إليه بشراء أو ميراث أو عطيّة، أنّ حكم الفوت ارتفع، وقد علم أنّه لا يتّهم في الميراث أن يكون قصدا إلى أن يموت حتّى يورث عنه، فلا ينتقض بيعه. كما لم يتّهمه في **المدوّنة** فيمن حلف ألاّ يفعل فعلاً بحرّية عبده ثم باعه ثمّ ورثه، أنّ اليمين ارتفعت لمّا لم يتّهم في الميراث بخلاف البيع هذا أيضاً.

وقد اضطرب المذهب فيمن/ قصد إلى التّفويت لما اشتراه شراء فاسداً لئلاّ يُقضَى بأخذه من يده، فإنّه إذا فعل ذلك قبل أن يقام عليه، فإنّ التّفويت حاصل ولا يمنع منه لكونه قاصداً لذلك. وإن كان فعل ذلك بعد أن قام عليه البائع لينقض بيعه، ففيه اختلاف. هكذا ذكره بعض أشياخي مطلقاً. والّذي في **المستخرجة** أنّ ذلك لا يكون فوتاً إلاّ أن يكون التّفويت بالعتق، فإنّ التّفويت حاصل لأجل حرمة العتق. فهذه الفروق كلّها مطلوبة كما أريناك.

وقد قال بعض الأشياخ: إنّ مقتضى القياس ما قاله **أشهب** لكون العُهَدِ اختلف محلّها باختلاف هذه البياعات. واختلاف العهد، وتبدّل الأملاك أولى أن يكون موجباً للفوت، ولا يقدّر السبب المفيت كالمرتفع. ألا ترى أنّ من باع سلعة بثمن إلى أجل، ثمّ باعها، ثمّ اشتراها وفلس، فإنّ البائع منه الأوّل لا يكون أحقّ بها من الغرماء، وإن كانت عينَ السلعة، لمّا تخلّل ذلك اختلاف العُهَد وتبدّل الأملاك.

وإذا تقرّر هذا، فإنّ بعض الأشياخ مال إلى افتراق حكم الأسباب الّتي رجعت السلعة بها إلى يده، فقال: إذا ردّت عليه بعيب ينبغي ألاّ يمنع ذلك الفوت، لأنّ البيع قد انتقض من أصله حتّى كأنّه ارتفع، لا سيما على أصل **أشهب** الّذي يرى أنّ الرّدّ بالعيب كنقض بيع. وقد جمع في **المدوّنة** هذه الأسباب على حكم واحد، فقال: إن اشتراها أو ورثها أو وهبت أو ردّت عليه بعيب. وهذا الّذي قاله في **المدوّنة** إنّما يحسن إجراؤه مجرى الشّراء على القول بأنّ الرّدّ بالعيب كابتداء بيع.

وعلى هذا التّوجيه والأسلوب الّذي ذكرناه تجري بقيّة فروع هذا الباب، مثل أن يشتري عبداً شراء فاسداً ثمّ يدبّره أو يعتقه فيردّ غرماؤه تدبيره وعتقه، فهل يرتفع حكم الفوت بردّ الغرماء بسببه؟ في ذلك قولان. وهكذا يجري الأمر فيه لو سافر به ثمّ عاد، أو مرض ثمّ صحّ، أو طرأ عليه عيب ثمّ زال، أو أجّره، أو رهنه ثمّ افتكّه بالقرب، فإنّ هذا كلّه يجري على القولين. هذا إذا سافر به سفراً يكون مفيتاً. وقد تكلّمنا على حكم نقل العبيد من بلد إلى بلد. وقد ذكر في **المدوّنة**في هذا الكتاب أنّ من باع ثمرة قبل الزّهو فجدّها مشتريها قبل الزّهو، أنّ البيع جائز إذا لم يشترط التّبقية.

وقد ذكرنا نحن فيما تقدّم كلامُنا عليه في كتاب السلم أحكام بيع الثّمرة قبل الزّهو بشرط التّبقية أو بشرط الجذاذ إذا وقع العقد عارياً من هذين الشّرطين.

وقد تعلّق بعض الأشياخ بهذا اللّفظ الّذي ذكرناه عن **المدوّنة** فقال: إنّه يقتضي جواز البيع إذا وقع/ العقد عارياً من شرط التّبقية، لأنّه أجاب بجواز البيع قبل الزّهو، وعلّق المنع بشرط التّبقية، والساكت عن الشّرطين لم يشترط التّبقية. وتأوّل الشّيخ **أبو محمّد ابن أبي زيد** وغيره هذا اللّفظ على أنّ المراد أنّهما تفاهما بشرط الجدّ وعلى ذلك عقداً.

ويؤكّد هذا/ التأويل عندهم[1] قوله: إذا اشترى تمراً قبل الزّهو فجدّه قبل الزّهو، وكأن ما فعله من الجدّ قبل الزّهو إشارة إلى أنّهما عقدا على هذا الفعل الّذي وقع من المشتري.

والتّحقيق في هذا أنّ مقتضى العقد يقتضي المناجزة في الثّمن والمثمون، والتّأخير في أحدهما لا يكون إلاّ بالتّراضي، والتّراضي يكون مشترطاً نصاً أو متفاهماً من جهة العادة أو غيرها، فإن ثبت النّصّ على التّبقية أو استُدِلّ عليه بعادة أو قرينة حال، فسد البيع. والبغداديّون من أصحابنا يرون فساد البيع قبل الزّهو[2] إلاّ أن يشترط القطع. ويتعلّقون **بنهيه عليه السلام عن بيع الثّمرة قبل الزّهو**، ولم يفصل وهو على عمومه إلاّ ما استثناه الدّليل. وقد وسعنا الكلام على هذا فيما تقدّم، وإنّما ذكرنا ها هنا منه ما تعلّق بلفظ **المدوّنة**.

قال القاضي أبو محمّد عبد الوهاب رحمه الله، في فصل قدّمنا ذكره افتتح به البيوع:

وفساد البيع يكون بوجوه منها ما يرجع إلى المبيع ومنها ما يرجع إلى الثّمن ومنها ما يرجع إلى المتعاقدين ومنها ما يرجع إلى صفة العقد ومنها ما يرجع إلى الحالة الّتي وقع فيها العقد. الفصلَ إلى آخره على ما قدّمنا ذكره عنه وشرحنا كثيراً منه.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل سؤالان:

---

(1) في النسخة المدنية: عنهم.

(2) فيض القدير ج6 ص 331 ح 9475

1 ـ أحدهما أن يقال ما أقسام ما يرجع إليه فساد البيع؟

2 ـ وما حكم كلّ واحد من هذه الأقسام؟

فالجواب عن السؤال الأوّل: أمّا ما يرجع إليه فساد البيع، فإنّه لا يخلو من أربعة أقسام:

1 ـ أحدها أن يرجع إلى العقد.

2 ـ والثّاني أن يرجع إلى الثّمن.

3 ـ والثّالث أن يرجع إليهما.

4 ـ والرّابع أن يرجع إلى شرط قارن العقد.

فالجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: قد تكلّمنا على حكم الشّروط الفاسدة المقارنة للعقد في كتاب بيوع الآجال. وذكرنا الاختلاف في البيع الّذي قارنه شرط السلف، هل يقف فساد البيع على التمسّك بالشّرط أم لا؟ وقد ذكر القاضي **أبو محمّد** في **شرح الرّسالة** أحد قولين عندنا في وصف فساد البيع على التمسّك بالشّرط، وصحّته على إسقاط الشّرط، كالبيع بشرط السلف أو بشرط أن يتّخذ الأمة المبيعة أمّ ولد أو لا يخرجها من البلد./ فقال: إنّ هذه الشّروط المقارنة للبيع يصح العقد إذا أسقط الشّرط. واستثنى مسئلة واحدة وهي إذا اشترى سلعة واشترط خيار أمد طويل لا يجوز اشتراطه. فذكر القاضي **أبو محمّد** أنّ إسقاط هذا الشّرط لا يصحّح البيع بخلاف غيره من الشّروط. وأشار إلى أنّ إسقاطه صورته كصورة التمسّك به. لأنّ مشترط هذا الأمر إنّما اشترط أن يكون له الخيار طول هذا الأمد، بين أن يتمسّك بالسلعة أو يردّها، فإذا قال: أسقطت الشّرط، فمعناه أنّي تمسّكت بها. وقد كان له التمسّك بحكم مقتضى الخيار لو كان صحيحاً، وصورة تمسّكه بها بحكم كصورة تمسّكه بها إذا أسقط الشّرط ليصحّ له التمسّك بها. وهذا الّذي قاله، وإن كان رمى مرمى خفيّاً، فإنّه عندي قد يختلف، تخريجاً من مسئلة من أسلم في ثمر سلماً فاسداً، فلمّا فسخ عليه وقضي برأس المال أراد أن يأخذ منه تمراً مثل الّذي منع منه بفسخ العقد، فقد قيل: إنّ ذلك لا يجوز لأنّه يتّهمه للفساد الّذي منع المتعاقدان منه وكأن

الفسخ لم يفد. وقيل: يجوز له ذلك.

وينبغي أن ينظر في إسقاط هذا الشّرط إذا مضى من أمد الخيار ما لا يجوز أن يشترط، هل لا يؤثّر إسقاطه لكون الفساد قد حصل بطول الأمد، كأحد القولين في إسقاط السلف المقارن للبيع بعد أن قبض؟ هذا ينظر فيه على الطّريقة الثّانية الّتي أشرنا إلى تخريجها من مسئلة السلم الفاسد. وأمّا على طريقة القاضي **أبي محمّد عبد الوهاب**/ فلا فرق، على مقتضى تعليله بين إسقاط الشّرط وقد مضى من الأمد قليل أو كثير. ولعلّنا أن نعيد الكلام على المسئلة في كتاب بيع الخيار.

وذكر القاضي أبو محمّد في فصل بعد هذا آخر ذكر فيه فروع ما يرجع إلى الحال الّتي وقع فيها العقد. قال:

منه البيع يوم الجمعة بعد النّداء ممّن تلزمه الجمعة أو أحدهما، فيفسخ إن وقع.

فاعلم أنّ الله سبحانه قال في كتابه ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ فَٱسۡعَوۡاْ إِلَىٰ ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلۡبَيۡعَۚ﴾[1]. فإنّ هذا البيعُ المنهيّ عنه. فاختلف المذهب، هل يفسخ أم لا؟ ثلاثة أقوال: فالمشهور وهو المذكور في **المدوّنة** أنّه يفسخ. وفي **المجموعة** أنّه لا يفسخ. وفي **ثمانية أبي زيد** أنّ **عبد الملك بن الماجشون** فسخه في حقّ من اعتاد ذلك، وتكرّر منه، ولم يفسخه في حقّ من لم يتكرّر ذلك منه.

وسبب الاختلاف في فسخه أنّ هذا بيع نهى الله تعالى عنه. فإن قلنا: إنّ النّهي لا يدلّ على فساد المنهيّ عنه، لم يجب الفسخ على ظاهر ما في **المجموعة** وبه قال **أبو حنيفة والشّافعي**. وكذلك إن قلنا: إنّ النّهي يدلّ على الفساد إذا تعلّق بالذّات/ المنهيّ عنها أو بخاصّيّة من خواصّها/ اللاّزمة لها، وأمّا إن تعلّق بأمر خارج عن هذين، فإنّه لا يجب الفسخ. فإنّ مقتضى هذا المذهب لا يفسخ البيع المعقود بعد النّداء لصلاة الجمعة، لكون هذا النّهي نهياً

---

(1) سورة الجمعة: 9.

عن مباشرة الفعل لا يعود إلى نفس المبيع أو خاصيّة من خواصّه وصفة لازمة له. وإن قلنا: إنّ النّهي يدلّ على الفساد، قولاً مطلقاً، اقتضى هذا فسخ العقد. وقد بيّنّا هذا أيضاً على اعتبار هذا النّهي، هل هو لحقّ الله سبحانه، لئلا يشتغل عن الصّلاة المفروضة فيفسخ البيع. أو هو لحقّ الخلق، لئلاّ ينفرد من لم يحضر الصّلاة بالأرباح دون عامّة النّاس، كما نَهى عن تلقّي الرّكبان مصلحة لعامّة النّاس، فلا يفسخ هذا البيع، كما لا يفسخ بيع المصرّاة لمّا كان النّهي عن التّصرية راجعاً لحق الخلق.

وأمّا ما وقع في الثّمانية، فهو راجع إلى أنّ الفسخ لا يلزم، ولكنّه عاقب من تكرّر هذا منه بفسخ عقوده.

وإذا قلنا بالفسخ، فمذهب **سحنون** وابن **عبدوس** أنّه يمضي بالثّمن إذا فات المبيع. ومذهب **أشهب وابن القاسم** أنّه يقدِّم فيه القيمةَ إذا فات المبيع. واختلفا في الوقت الّذي تعتبر فيه القيمة. فقال **ابن القاسم**: حين القبض، قياساً على سائر العقود الفاسدة. وقال **أشهب**: بل بعد فراغ الصّلاة وذهاب الزّمن الّذي يحرم فيه العقد. وكأنّه رأى أنّ التّقويم كضرب من المعاوضة، والمعاوضات حينئذٍ نهي عنها. واختار **ابن حبيب** مذهب **أشهب**، واحتجّ أنّه لا يختلف في بيع ثمرة بيعت قبل الزّهوّ أنّ التّقويم إنّما يكون بعد أن حلّ بيعها. وهذا الّذي قاله لا يُسَلَّمُ. بل لوْ جدّ الثّمرة قبل الزّهو، لقوّمت حينئذٍ، وإن كانت حينئذٍ لا يحلّ بيعها على التّبقية.

وإذا وضح ما قلناه في بيع الجمعة وعلّة المنع، فإنّه يتصوّر فيه صورة أخرى مشاركة لبيع الجمعة. وذلك فيمن أخّر صلاة العصر حتّى بقي بينه وبين الغروب ما إن اشتغل بالبيع، فاتته الصلاة، وكان إيقاعها بعد ذلك قضاء لا أداء، فإنّه محرّم عليه الاشتغال بالبيع عن صلاة استحقّت هذا الوقت. وقد اختلف فيمن فعل هذا، فقال **إسماعيل القاضي** يفسخ بيعه. وهو اختيار الشّيخ **أبي عمران** لوجود العلّة المذكورة في صلاة الجمعة في هذه المسئلة. وقال **ابن سحنون**: لا يفسخ.

ويمكن أن يقال: لا يفسخ في هذه، ويفسخ في الجمعة، لكون الجماعة شرطاً في إقامة الجمعة، فمن المصلحة منع كلّ ما يؤدّي إلى افتراق جمعهم والإخلال بشرط لا تصحّ الجمعة إلاّ به، مع كون/ البيع/ يوم الجمعة قد يتكرّر. والّذي يخشى أن تفوته صلاة العصر إن اشتغل، لم يشترط عليه إيقاعها في جماعة فيفتقر إلى حماية الذّريعة في أن لا يخلّ بالجماعة. وقد كان شيخنا رحمه الله يقول: كثير من العوام يؤخّرون صلاة العصر اشتغالاً بما يبيعونه في الأسواق ويبتاعونه. وهذا يقتضي منع معاملتهم حينئذٍ ومنع أكل ما يشترى منهم إذا قيل بالفسخ.

وأمّا ما يرجع فساده إلى الثّمن، فإنّه يفسخ إن كانت السلعة قائمة. وإن فاتت، فإن كان الفساد مجمعاً عليه، أغرمت القيمة، وإن كان مختلفاً فيه، فإنّ الواجب أيضاً القيمة. وروي عن **مالك** أنّه يمضي بالثّمن وهذا مراعاة للخلاف. وقد كنّا ذكرنا نحن فيما تقدّم مذهب **ابن مسلمة** وأنّه يرى أنّ الفسخ بعد القبض استحسان، وإذا كان استحساناً مضى بالثّمن . وبيع الجمعة، وإن رجع الفساد إلى العقد، فإنّه يفوت بحوالة الأسواق. وبيع المدبر، وإن رجع إلى العقد، فإنّه لا يفوت بحوالة الأسواق بل بالعتق أو الموت، وهذا لحُرمة عقد الحرّيّة الّتي حصلت فيه. وهكذا رأى **ابن عبدوس** أنّ بيع التّفرقة بين الأمّ وولدها لا يفوت بحوالة السوق.

قال القاضي أبو محمّد رحمه الله:

وبيع المباطيخ[1] جائز ببدوّ صلاح أوّله وإن لم يظهر ما بعده. وكذلك الأصول المغيّبة في الأرض كالبصل والجزر والفجل. وكذلك الورد والياسمين إذا انتُفِع به. ويكون للمشتري لآخر[2] إبّانه. وكذلك الموز إذا ضرب فيه أجل. ولا يجوز اشتراء الكتّان إذا استثنى البائع حبّه، ولا القرط واستثنى برسيمه

(1) في غ والغاني: وبيع المقاثي والمباطخ.
(2) في غ والغاني: إلى آخر.

إلى حال يبسه. ولا يجوز بيع الحنطة في سنبلها. ويجوز بيع السنبل على جهته. ويجوز بيع الجوز والباقلا، في قشره الأعلى.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل خمسة أسئلة منها أن يقال:

1 ـ ما شرط جواز ما يباع ممّا له خِلفة؟

2 ـ وما حكم شراء الخلفة؟

3 ـ وما حكم شراء هذه الأصول؟

4 ـ وما يتفرّع منها إذا صارت إلى حال لا يجوز اشتراطها في أصل العقد؟

5 ـ وما حكم شراء الثّمرة المحجوبة؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: أمّا بيع الفواكه والقصيل والبقول وغير ذلك ممّا في معناه، فمن شرطه أن يباع بعد أن يظهر، ويبلغ إلى حالة ينتفع به حين أخذه، من أكل أو رعي أو ما في معنى ذلك، لأنّه إذا بيع قبل ذلك، كان المبيع غير مرئيّ ولا موصوف، وما لم يشاهد ولا يوصف فهو مجهول. واشترطنا أن يكون بلغ إلى حدّ الانتفاع به لكون المعاوضة إنّما تصحّ على ما ينتفع به، كما قدّمناه في صدر هذا الكتاب، وما لا ينتفع به/ المعاوضة/ به من أكل المال بالباطل، وقد نهى الله عنه، ومن إضاعة المال، وقد نهى رسول الله ﷺ عنه. فإذا تقرّر هذا فاعلم أنّ الغرر ورد الشّرع بالنّهي عنه كما ورد بالعفو عن يسيره. قال **ابن الجهم** من أصحابنا: الغرر اليسير يجوز بإجماع، ولهذا لو قال له: بعني قطن جبّتك، وهو مغيب لم يجز. ولو قال له: بعني جبّتك بقطنها، لجاز. وكذلك لو قال له: بعني جنين أمتك، لم يجز. ولو قال له: بعني أمتك الحامل بجنينها، لجاز. وقال **أبو الفرج** من أصحابنا: الغرر الكثير الّذي لا مرفق في إباحته، ولا حاجة إلى التّرخيص فيه ممنوع، بدليل منع بيع الثّمرة قبل الزّهو على التّبقية. وإذا أزهى بعض الثّمر، بيع جميعه بزهو بعض، لكون هذا وإن كان غرراً، لأنّ ما لم يزه من هذا الّذي قد أزهى بعضه كالثّمرة إذا لم تزه كلّها، ولكن لمّا كان في إباحة بيع الثّمر بزهو بعضه مرفق

وحاجة إلى التّرخيص فيه، سومح بهذا الغرر./ وكذلك يمنع بيع الساج المدرج في جرابه. ويجوز بيع ما في العدل المشدود على متاع على الصفة، لما في ذلك من المرفق/ والحاجة إليه، هذا معنى ما أشار إليه. وقد بسطناه نحن فيما تقدّم. وذكرنا أنّ الشّرب من الساقي جائز، وإن اختلف مقدار شرب النّاس. وكذلك دخول الحمّام، وإن اختلف مدّة مقام الدّاخل فيه، ومقدار ما يغتسل به من الماء. وكلّ هذا بياعات فيها غرر، ولكنّه غير مقصود، وفي حكم اليسير فعفيَ عنه.

والجواب عن السّؤال الثّاني أن يقال: إذا اشترى قصيلاً على الوجه الجائز وأراد أن يدخل في العقد ما ينبت منه بعد جزّه، أو اشترى قثّاء أو بطّيخاً وأراد أن يدخل في العقد ما يخلف بعد ما جناه منه، فإنّ المعروف من مذهبنا جواز ذلك إذا كانت الخلفة مأمونة. ومنع من ذلك **أبو حنيفة والشّافعي**. فحاول بعض الأشياخ أن يضيف إلى المذهب قولاً بالمنع مثل ما قال **أبو حنيفة والشّافعي**. فقال: قد ذكر في **الموّازيّة** أنّه لا يجوز مساقاة قصب السكّر واشتراط دخول خلفته في المساقاة، كما لا يجوز مساقاة الخلفة ولا بيعها. وحمل هذا على المنع من جواز بيعها على الإطلاق، عقد عليها وعلى الأصول الّتي تفرّعت الخلفة عنها عقداً واحداً، أو عقد على الخلفة على انفرادها. وهذا الّذي نقلناه من اختلاف الأئمّة جار في كلّ ما جرى مجرى القصيل في البطّيخ والقثّاء كالورد والياسمين وشبه ذلك.

واعلم أنّ مدار هذا الخلاف على ما قدّمناه من ورود الشّرع بالمنع من بيع الغرر والتّرخيص في الغرر/ اليسير أو الكثير الّذي تدعو الضّرورة إليه، فاعتقد **أبو حنيفة والشّافعي** أنّ اشتراء الخلفة منفردة لا يجوز لكون ذلك غرراً لا إشكال فيه، وعقْداً على ما لم يشاهد ولا وصف وهو مجهول. واعتقد **مالك** وأصحابه أنّ هذا غير مقصود إلى التّخاطر فيه، بل في إجازته مصلحة، وإلى هذا أشار القاضي. وقد أشار القاضي **أبو محمّد** في غير كتابه هذا، فقال: إن منعنا من اشتراط الخلفة في عقد البيع أدّى ذلك إلى اختلاط المبيع مع ما لم يبع وهو

الخلفة، ويعسر التّمييز، فلا يمكن تسليم المبيع متميّزاً، وإن منعنا من بيع الأصل حتّى يتكامل ما يتفرّع منه، أدّى ذلك إلى فساد الأصل وبطلان الانتفاع به، فدعت هذه الضّرورة إلى التّرخيص في هذا الغرر.

وقد أشار في **المدوّنة** إلى اشتراط كون الخلفة مأمونة الغالب كونها ستوجد على وجه يرتفع معه الغرر.

واعلم أنّ العقد على هذا الّذي لم يخلق يتنوّع:

فتارة يعقد عليه بانفراده فيمنع، كشراء الخِلفة بانفرادها من غير أن يتقدّم تعاقد على أصولها.

وتارة يتقدّم العقد على أصولها، وهذا على قسمين:

إن وقع الشّراء للخلفة بانفرادها بعد أن جنيت الأصول، فإنّ ذلك لا يجوز.

وإن وقع العقد عليها بانفرادها، بعد أن تقدّم العقد على أصولها ولم يجد ما اشتراه من أصولها، فإنّ المذهب على قولين: يمنع ذلك، لكون العقد عليها منفرداً، والعقد المنفرد عليها خاصة ممنوع لأجل ما فيه من الغرر/ . أو يجوز ذلك، لكون العقد الثّاني ملحق بأصله الذي تفرّع منه، فجرى حكمه، وإن كان متأخّراً، مجرى حكم العقد الواحد على هذه الثّمرة، أصولِها وما يُجنَى منها بعد جناها.

وهذا كالاختلاف أيضاً في شراء مال العبد بعد أن وقع العقد على العبد دون ماله. وكاشتراء النّخل المثمرة دون ثمرها، ثمّ اشترى الثّمر الّذي لم يُزْهَ بعد ذلك[1]. فمن جعل لكلّ عقد حكم نفسه، منع هذا الثّاني، ومن جعل العقدين ها هنا كالعقد الواحد أمضى ذلك. وقد تتجاذب الفئتان[2] المختلفتان[2] في جواز اشتراط الخِلفة في العقد على أصولها، مسئلةُ اشتراط

(1) (ذلك) ساقطة في الوطنية.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الفئتين المختلفتين.

النّخل، فقال أصحابنا: لمّا جاز بيع الثّمرة الّتي لم تطب بطياب بعضها، وكان ما لم يطب منها تبعاً لما طاب، فكذلك يجوز اشتراط الخلفة في العقد على أصولها لكونها تبعاً لها أيضاً. وقال الآخرون/ : قد علم أنّه لا يجوز لمن اشترى ثمرة نخل هذا العام أن يشترط ثمرة العام الآخر، ولا يصحّ أن يجعل ثمرة العام الثّاني كالبيع لثمرة العام الّذي اشتراه. وكذلك لا يجعل الخلفة الّتي توجد في ثاني حالٍ بيعاً لأصولها الموجودة في حين العقد/ .

وينفصل أصحابنا عن هذا بأنّ ثمرة العام الثّاني لم يتّصل وجودها بوجود ثمرة العام الأوّل، بل تخلّل بينها عام فصل بين الوجودين، فكلّ وجود له حكم نفسه، ولا يصحّ أن يجعل تبعاً لغيره. بخلاف الخلفة الّتي يتّصل وجودها بوجود أصولها من غير فصل، فصار الاتّصال ها هنا معتبراً دافعاً للغرر ومقتضياً للجواز، كما أجزنا إجارة الضّئر وإن كان لبنها الّذي ترضعه بعد عقد الإجارة غير موجود حين العقد، لكن تتابُعُ الوجود يصيّر الثّاني حاصلاً كالأوّل في الحكم. فكذلك منافع الدّيار يجوز العقد عليها وإن كان ما يحدث من المنافع بعد العقد غير موجود حين العقد ولم يخلق بعد. وقد مرّ **أبو حنيفة** على منع بيع ما لم يخلق حتّى منع من بيع ثمرة بعد الزّهوّ بشرط التّبقية إلى أن يصير ثمراً، لكون ما يخلق من الألوان والطّعوم في الثّمرة بعد زهوّها لم يخلق بعد، وشراء ما لم يخلق لا يجوز. وأجازه **الشّافعي ومالك**. فأمّا **الشّافعي** فإنّه يرى أنّ هذا التّغير تغيّر أعراض لا تغيّر زيادة أجسام إلى أجسام، فلهذا أجازه، بخلاف اشتراط الخلفة الّتي هي عنده أجسام لم تخلق. ولهذا أشار **مالك** أيضاً لمّا منع من شراء القصيل بشرط أن يقيم أيّاماً ليعظم، وشراء صوف على ظهور الغنم بشرط أن يقيم أيّاماً ليطول، فقال: هذا يمنع، بخلاف اشتراط تبقية الثّمرة لتصير تمراً، لأنّ الثّمرة إنّما تحدث فيها زيادة نضج وحلاوة، فأشار أيضاً إلى أن تبدّل الأعراض بخلاف زيادة الأجسام. وهكذا مرّ أيضاً **أبو حنيفة** على هذا الأسلوب، فمنع من شراء طعام أو غيره في الذّمّة، إلاّ بشرط أن يكون المسلم فيه موجوداً في الطّرفين، حين العقد وحين القبض. فأمّا اشتراطه وجوده حين القبض فلا

يخالف فيه. وأمّا اشتراطه وجوده/ حين عقد السلم، فنحن **والشّافعي** نخالفه فيه، على ما بيّناه في كتاب السلم من سبب الاختلاف بيننا وبينه في هذا. وهذا بيان حكم شراء ما لم يخلق وهو في الذّمّة أو مسند إلى معيّن.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: قد تقدّم فيما سلف ذكر المنع من شراء ثمرة قبل الزّهوّ بشرط التّبقية، وذكرنا ها هنا في هذا السؤال الّذي فرغنا من جوابه الآن أنّ **مالكاً** إنّما يجيز بيع القصيل بشرط تأخيره إذا كان التّأخير المقصود به حضور الحاجة إليه. ويَمنع منه إذا كان القصد به أن تزيد أجرامه وتظهر أجسامه، لأنّ ذلك شراء المجهول لم يخلق بعد. وإذا منع ذلك إذا كان القصد بشرط التّأخير إلى أن يتحبّب/، لأنّ هذا يمنع منه للحديث الوارد: «**بالمنع من بيع الثّمر حتّى يزهى وبيع الزّرع حتّى يبيضّ**»[1] الحديث كما تقدّم ذكره. فإن لم يشترط مشتريه تأخيره حتّى يصير حبّاً، ولكنه تحبّب قبل أن يجذّه فالبيع فاسد، كما يفسد إذا اشترى ثمرة قبل الزّهوّ على القطع، فيتركها حتّى أزهت. ويكون الحكم ها هنا في تركها من غير شرط كحكمها إذا تركت بشرط في أصل العقد. فإن اشترى الرّأس كلّه واشترط خليفته فتحبّب الرأس كلّه، فإنّ البيع يبطل في جميع الصفقة كلّها في الرّأس وفي الخلفة، لأنّ الخلفة إنّما جازت لكونها تبعاً، فإذا بطل البيع في المتبوع، بطل في التّابع. وهذا إذا تحبّب الرّأس بتعمّد منهما وتراخ يتّهمان معه على أنّهما أضمرا اشتراط ذلك حين العقد. وأمّا إن كان ذلك بتواني المشتري وامتناعه من جزّ القصيل، فإنّه يجري على القولين في الغلبة في الصّرف. وقد ذكرنا ذلك في كتاب الصّرف وذكرنا ما قيل في/ ذلك في هذه المسئلة أيضاً هناك.

وإذا تحبّب بعض الرّأس، وكان العقد على الرّأس خاصّة دون الخلفة، فإنّه يبطل البيع فيما تحبّب منه خاصّة، وفيما قابل ذلك من الخلفة المشترطة،

---

(1) رواه مسلم، انظر إكمال الإكمال ج 4 ص 202. وكذلك رواه أبو داود والترمذي والنسائي.

كما يبطل البيع إذا تحبّب كلّه فيه وفي خلفته. وزعم بعض أنّ ظاهر الرّواية عن **ابن القاسم** يقتضي أنّه لا بدّ من اعتبار التّقويم إذا اشترط في شراء الرّأس الخلفة. وإنّما سقط التّقويم إذا اشترى الرّأس خاصّة فتحبّب بعضه فإن ما تحبّب إنّما تسقط حصّته من الثّمن بالنّسبة، أو مذارعة أو فدادين لا بالتّقويم، إذا لم يختلف نباته.

وأمّا إذا تحببت الخلفة دون الرّأس، فلا بدّ من التّقويم. فذكر **سحنون** أنّ التّقويم للرّأس يكون يوم عقد البيع، وكذلك التّقويم للخلفة، ومراده أنّ الخلفة تقوّم وقت العقد على أسواقها أوقات جناها لكون سوق الثّمرة يختلف فلا بدّ من اعتبار ذلك.

ولو تحبّب بعض الرأس ولكنّه لا يتميّز عمّا لم يتحبّب، لانتقض البيع كلّه، لعدم التّمييز بين ما تحبّب بعضه والّذي لم يتحبّب بعضه. وقد ذكر في **المدوّنة** في صفة التّقويم مثالاً، مثل أن يكون الّذي تحبّب ثلث القصيل أو ثلثيه أو ثلاثة أرباعه، فإنّه يرجع من الثّمن بقدر ذلك. وقال بعض المتأخّرين: هذه إشارة منه إلى أنّه لا يمكّن من ردّ ما لم يتحبّب، وإن كان يسيراً بخلاف من اشترى ثياباً فاستحقّ أكثرها، فإنّه يردّ الأقلّ لبطلان جلّ الصفقة. وكذلك إذا ردّ/ ذلك بعيب. وهكذا في الثّمار إذا طرأت عليها جوائح أكثر/ من الثّلث حتّى يكون للمشتري مقال في الجائحة. فإنّ المشتري لا ردّ له، وإن أجيح أكثر الثّمرة، لأنّ هذه الجائحة طرأت بعد صحّة العقد، لكون المعقود عليه كلّه قد ملكه ملكاً صحيحاً، لم يكن من جهة البائع تدليس عليه ولا تفريط، فلم يكن للمشتري مقال في بطلان أكثر صفقته بأمر لا صنعَ للبائع فيه، ولا تهمة تتطرّق إليه، بخلاف ما استحقّ من يده أو رده بعيب. وكذلك ما تحبّب يرجع بمقداره من الثّمن، لكونه إذا ردّ الثّمن لا يأخذ عنه عوضاً، ولغير ذلك لما يذكر في كتاب الجوائح إن شاء الله.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال: قد تلخّص مما ذكرناه أنّ اشتراط ما

لم يخلق في العقد على ما خلق يتنوّع إلى ثلاثة أنواع:

فمنه ما يتتابع وجوده، ويتميّز منه كلّ بطن على الذي قبله[1]، كشراء ثمرة هذا النّخل هذا العام بعد أن أزهي الثّمر، ويشترط في العقد شراء ثمرة العام الثّاني، وهذا لا يجوز من غير خلاف.

ومنه ما يتتابع في الوجود ولكنّه يتميّز بعضه عن بعض، مثل القصيل والقرط والقصب يشتري منه ما شوهد على صفة يجوز العقد عليها، ويشترط دخول ما لم يخلق في العقد، فهل يجوز فيه اشتراط الخلف عدداً محدوداً من البطون، وشراؤها إلى أن يفنى؟ ظاهر المذهب فيه على قولين: المعروف منهما جواز ذلك لأنّه في حكم المعلوم بالعادة، وإنّما أجيز شراء الخلفة لكونها في حكم المعلوم. وقد قدّمنا ما خرج من الخلاف في ذلك.

وإذا قيل بالمنع من هذا، فإنّما ذلك لأنّ في اشتراطها في حين العقد وجهاً من الغرر، لكن عفي عنه لأجل الضّرورة إليه وما فيه من المرفق، ولم تدع ضرورة إلى إحالة ذلك على فناء هذه الخلفة لأنّ ذلك في حكم المجهول، والغرر إنّما يسامح به إذا لم يوجد معْدِل عنه.

والنّوع الثّالث ما يتتابع وجوده ولكنّه لا تتميّز بعض بطونه عن بعض كالمقثاة، فإنّه تعلّق اشتراط الخلفة بفنائها وذهاب إبّانها، إذ لا يقدر على العدول عن ذلك بتعليق العقد فيها على عدد من البطون لعدم التّمييز في البطون، ولا يصحّ تعليق الشّراء فيها على التّحديد/ بزمن. فقد منع في **المدوّنة** أن تشترى المقثاة وما تخلف شهراً. وعلّل بكون اختلاف الهواء عليها يختلف معه حكم نباتها. ورأى بعض أشياخي أنّ هذا التّعليل يقدح فيه جواز تعليق شرائها على فنائها وذهاب إبّانها مع اختلاف الأهوية في ذلك أيضاً. وقد ينفصل عن هذا عندي بأنّ اعتبار اختلاف الهواء في شهر بعينه/ يعظم التّخاطر فيه، وإذا علق العقد على الجميع خفّ الغرر لاستيعاب أزمنتها. وقد علم وجه العادة في

(1) البطن مذكر كما حققه الفراء انظر المذكر والمؤنث في اللغة العربية ص 35 ومعجم المؤنثات السماعية ص 72.

حملها في جميع الأزمنة ولم يعلم عادة الحمل في زمن بعينه في إبّانها/ .

وقد أجيز شراء الموز وخلفته زمناً محدوداً، ويشتري أيضاً بطوناً محدودة، خلاف المقثاة، لكون البطون لا يتميّز فيها، والزّمان فيه من الغرر ما أشرنا إليه. ولعلّ من أجاز ذلك في الموز رأى أنّه لا يختلف الحال فيه باختلاف الأزمنة. وقد نصّ بعض الأشياخ على ما يطعمه أشجار التّين في أوّل إثمارها ممّا يسمّيه أهل صقليّة البيفر وأهل الأندلس الباكور، لا يجوز العقد عليه وعلى ما تخلفه تلك الشّجر بعده من التّين، لكون ذلك لا يتتابع في الوجود، بل يذهب زمن هذا الباكور وتبقى الأشجار بعده عارية، ثمّ بعد حين تطلع التّين. وهذا واضح لما قدّمناه من الاتّفاق على منع اشتراط ثمرة عامين.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال: أمّا شراء ما لم يشاهد، اكتفاء بما شوهد ممّا يشتريه، في أصل الخلقة، مثل أن يشتري من الثّمار ما هو في جلباب وكِمام، فإنّه على قسمين:

أحدهما أن يشتري ما تحت الكمام، ويقصد بالعقد المأكول الّذي تحته، فهذا لا يجوز أن يقصد بالشّراء لبّ هذه الثّمرة. كمن اشترى حبّ الرّمّان دون ما عليه من قشر، أو قلب الجوز واللّوز دون ما عليهما من قشر، لكون المشترى ها هنا مقصوداً بالعقد مغيباً غير مشاهد.

وأمّا إن اشترى هذه الأجرام على ما هي عليه، فإنّه لا يخلو أيضاً من قسمين:

أحدهما أن يشتري ذلك وعليه جلباب واحد من أصل الخلقة، لا يحفظه إلاّ هو ولا يمكن إدّخاره إلاّ به، كالرّمّان، فإنّ ذلك جائز لأجل ما دعت إليه الضّرورة من هذا، وكون العدول عنه إفساد للمال وإضاعة له.

ومنه ما يكون له جلبابان، كالجوز واللّوز، إذا كان عليهما كمامان، والفول إذا كان في غلفه (الّتي نبت)[1] خضراً، فإنّ هذا أيضاً يجوز، عندنا وعند

(1) هكذا في النسختين، والأولى حذفها.

أبي **حنيفة**، العقد عليه، لكونه غير مقصود إلى التّخاطر فيه. ويستدلّ على الأجرام المأكولة وأحوالها وهي في أكمامها. ومنع **الشّافعي** من هذا. وقال **الأصطخري** من أصحابه وغيره: بجواز العقد على الفول وهو في غُلُفِه العليا. وردّ **الشّافعي** هذا بأنّ اللّحم منع من بيعه وهو مغيب في جلوده، مع كونه قد يعرف سمنه من هزاله بالجسّ، فأحرى أن يمنع هذا في الفول لكونه لا طريق له إلى معرفة علم ما في باطنه من صفة/ الفول وجرمه وصفته الّتي يختلف الثّمن باختلافها إذا انكشف له. واستدلّ المجيزون بأنّ الأعصار مضت في سائر الأمصار على ترك إنكار البيع لهذا في غلفه العليا، فصار هذا كالإجماع. وأشار بعض أصحاب **الشّافعي**، في الاعتذار عن هذا، إلى أنّ هذه أمور قد تقع على جهة التّساهل في هذا، ولا يكون التسهّل فيه كالنّصّ على جوازه، ألا ترى أنّ أصحاب أبي **حنيفة** يمنعون الإجارة على تعلّم القرآن، وهم ينفرون أولادهم إلى المكاتب.

وهذا انفصال لا يقنع به. ولو صحّ الإجماع من سائر العلماء على فعل هذا من قوم وترك إنكاره من آخرين، لكان ذلك حجّة في الجواز، لأنّا لو لم نقل بذلك/ لكانت الأمّة أجمعت على الخطإ بين ناطق به وساكت عن إنكاره.

وأمّا شراء القمح في سنبله وهو قائم على سوقه، فإنّ ذلك جائز عندنا، وعند **الشّافعي** في أحد قوليه/ . ومنعه في قول آخر.

واستدلّ من قال بالجواز بما وقع في الحديث: «**أنّه نهى عن بيع القمح في سنبله قبل أن يبيضّ**»[1]. جاز[2] ذلك بعد أن يبيض، وقياساً على بيع الشّعير في سنبله وهو قائم على سوقه.

ومن منع ذلك رأى أنّه مبيع في كِمامه الّتي يصحّ ادّخاره دونها، فأشبه عنده بيع الفول في كمامه.

وهذا حكم بيع القمح في سنبله وهو قائم على سوقه.

---

(1) فيض القدير ج6. ص 331 ح 9475.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فجاز.

وأمّا بيعه بعد أن حصد، فقيل بجواز ذلك. واشترط في قول آخر أن يكون على صفة يمكن حزره ومعرفته وهو عليها.

وأمّا إذا حصد ودرس، فإنّه لا يجوز بيعه مخلوطاً بتبْنِه للجهالة بمقدار القمح ممّا خالطه. لكن إن بيع على الكيل، على أن يكتال وقد صُفّي، جاز ذلك إذا شاهد القمح وعرف صفته.

قال القاضي أبو محمّد رحمه الله: ويجمع بيع الغرر ثلاثة أوصاف، أحدها: تعذّر التّسليم غالباً. والثّاني: الجهل. والثّالث: الخطر والقمار. فأمّا ما يرجع إلى تعذّر التّسليم، فكالآبق والضّالّة والمغصوب، والطّير في الهواء، والسمك في الماء، وبيع الأجنّة واستثنائها، وحَبَل الحبلة، وهو نتاج ما تنتج النّاقة، والمضامين وهي ما في ظهور الفحول.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل ثلاثة أسئلة منها أن يقال:

1 ـ ما حكم بيع الآبق والضّالّة؟

2 ـ وما حكم بيع الأجنّة واستثنائها؟

3 ـ وما حكم بيع حبل الحبلة والمضامين والملاقيح؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: بيع الآبق لا يجوز، عند **مالك والشّافعي وأبي حنيفة**، علم موضعه أم لا. وأجاز ذلك **ابن سيرين** إذا علم موضعه./ وإذا لم يجز العقد عليه عند فقهاء الأمصار لا يصحّح العقد المجيء بالغائب عندنا وعند **الشّافعي**. ولا يجب تسليمه، لارتفاع الغرر لمّا حضر، لكون العقد الّذي التّسليم فرع عنه وقع فاسداً. وأمضى ذلك **أبو حنيفة** وأجاز التّسليم، لأنّه يرى أنّ العقود ثلاثة: عقد صحيح وهو ما لا ترقّب في إبطاله، وعقد باطل وهو ما لا ترقّب في صحّته، وعقد فاسد وهو ممّا تترقّب صحّته، كبياعات الشّروط الفاسدة كالبيع والسلف أو بيع أمة على أن يتّخذها المشتري أمّ ولد. وقد قدّمنا نحن أحد القولين عند إمضاء العقد إذا أسقط الشّرط الفاسد.

وهذا رأي **أبي حنيفة** أنّ سبب منع العقد على الآبق كونه لا يمكن تسليمه. فإذا صار إلى حال لا يمكن[1] فيها تسليمه جاز تسليمه لأجل ما تقدّم من العقد فيه. وهذا لا وجه له لأنّ التّسليم والتّقابض والتّمكين من المبيع إنّما يلزم ويجب/ بمقتضى العقد، فإذا كان العقد ممنوعاً محرّماً، كان فرعه ونتيجته كذلك. والّذي قاله فقهاء الأمصار، من منع العقد عليه وإن علم موضعه، واضح، لعدم القدرة على التّسليم. وبيع ما لا يمكن تسليمه باطل، لأنّه من أكل المال بالباطل. وأمّا ما ذهب إليه **ابن سيرين**، فإنّه إن أراد جواز البيع إذا علم موضعه، وهو معتقل فيه على حكم مالكه، ولا خصومة فيه ولا نزاع، وقد علمت حاله بالمشاهدة أو بالصّفة، فإنّ ذلك يجري مجرى بيع الغائب، فيجوز العقد دون شرط النّقد فيه، على ما يأتي بيانه في كتاب بيع الغائب إن شاء الله تعالى. وأمّا لو كان بموضع معلوم وصفته معلومة، ولكن يفتقر مالكه، إلى تمكينه منه ورفع يد القاضي بعد اعتقاله له، إلى بيّنة أو خصام أو منازعة، فإنّه منع **سحنون** من بيعه على هذه الصفة لأجل ما يقع فيه من مدافعة مالكه عنه حتّى يثبت ما يوجب تسليمه إليه. وكان بعض أشياخي يرى تجويز العقد عليه دون النّقد، بشرط أن يتمكّن منه على صفة تواصفاها وعلماها عليه. وقد كنّا قدّمنا عنه سلوك هذه الطّريقة في جواز بيع الثّمر قبل بدو الصّلاح بشرط أن تسلم وهي على صفة معلومة. ويحتجّ لهذا بأنّه منع في **المدوّنة** شراء زيت/ زيتون بعينه إذا كان يختلف خروجه. وأجاز إذا وقف إمضاء العقد على خروجه على صفة معلومة عندهما، من غير أن يشترط النّقد. وقد كنّا نحن قدّمنا، فيما أظنّ حكاية هذا عنه.

وإذا وقع بيع آبق على الوجه الممنوع فإنّه يفسخ، ولو قبض مشتريه، ما لم يفت عنده بعد قبضه/ بتغيّر سوق أو بدن، فيلزمه قيمته يوم قبضه. وإن لم يفت وتوجّه فسخه، وقد جعل المشتري جعلا لمن جاء به حتّى حصل في يديه، ولكنّه بعد هذا فسخ البيع عليه، فإنّ في رجوعه على بائعه بما أنفق على هذا

---

(1) كذا في الوطنية وفي المدنية: (جار تعليمه)، والنص يقتضي: فإذا صار إلى حال يمكن فيها تسليمه.

الآبق حتّى حصل في يديه قولان: فقيل: يرجع بذلك على البائع لكونه أنفق على من لا ملك له عليه، ولا يستحقّ أن يُقَرّ في يديه، ولولا هذه النّفقة ما حصل عليه بائعه ولا رجع إليه. فكان للمنفق الرّجوع بهذه النّفقة لمّا أنفقها على ما هو في ضمان بائعه حين الإنفاق، كما أنفق، عند بعض أشياخي، على أنّ[1] من اشترى ثمرة قبل الزهوّ بشرط التّبقية فسقاها وعالجها، فإنّه إذا فسخ عقده رجع على البائع بقيمة ما سقى وعالج، لمّا كانت نفقته هذه على ما ضمانه من بائعه، ولم يتحقّق له ملكه، فكذلك الآبق.

بخلاف من اشترى نخلاً مجرّدة من الثّمر شراء فاسداً فأثمرت عنده ولم تطب، فإنّ البيع إذا نقض في النّخل ووجب ردّها إلى بائعها، ردّت معها الثّمرة الّتي لم تطب، لكونها بعد الطّياب غلّة، والغلّة للمشتري وهي قبل الطّياب ليست بغلّة، بل هي كبعض أجزاء النّخل، فوجب ردّها مع النّخل.

إذا وجب ردّ هذه الثّمرة، ففي رجوع المشتري بقيمَة ما أنفق في السقي قولان في المذهب/: أحدهما أنّه لا رجوع له، لأنّه أنفق على ما هو يملكه وله فيه شبهة الملك، ومن أنفق على ملكه لا يرجع به على أحد. ألا ترى أنّ من اشترى عبداً شراء صحيحاً فأبق له ثمّ أنفق نفقة في استرجاعه ثمّ استحقّ من يديه أو ردّه بعيب، فإنّه لا يرجع على بائعه بهذه النّفقة لأنّه أنفقها على ملكه فيما يعتقد، وعلى ما ضمانهُ منه، والبائع لم يأذن له. بخلاف من اشترى آبقاً شراء فاسداً فأنفق عليه حتّى حصل في يديه، فإنّ البائع يقدّر هنا كالآذن له في النّفقة. ولو خرج رجل بعبد رجل آخر من بلد الحرب، لكان له ما أنفق عليه. ولو خرج به وقد وهب له، فإنّه يرجع أيضاً بما أنفق عليه لأنّه أنفق على ملك غيره، بدلالة أنّه لو أعتقه لم ينفذ عتقه فيه، وما ذلك إلاّ لكونه باقياً على ملك صاحبه. ولو اشتراه من بلد الحرب فأنفق عليه حتّى خرج به، لم يرجع بما أنفق، لأنّه لو أعتقه لنفذ عتقه فيه كما ينفذ عتقه في عبده الّذي ملكه ملكاً محقّقاً.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف: على أن.

هذه طريقة سلكها بعض الأشياخ، وأشار إلى اعتبار كون الإنفاق واقعاً على ملك المنفق، والعبد على ملك المنفق أو على ملك مستحق العبد. وما فيه أيضاً أنّ/ البائع كالآذن في هذه النّفقة أو ليس بآذن.

وقد اختلف المذهب على قولين فيمن فدى سلعة من أيدي اللّصوص، هل يأخذها صاحبها منه من غير أن يعطيه ما فداها به، أو يلزمه، إذا أخذها، ما فداها به وهو ها هنا أنفق على ملك غيره، وليس كالآذن له في هذا.

ثم مع هذا وقع فيه الاختلاف لمّا كانت نفقات وقعت بشبهة وتأويل، ولولاها ما حصل المال المردود على صاحبه. ولكن هذه النّفقات ليست بأعيانها موجودة في ملك من ردّ عليه ملكه، وهي كالمستهلكة وليست بعين قائمة يطلب مالكها أخذها من ملك غيره، كبناء المشتري بوجه شبهة. لكن من اعتبر كون هذه النّفقات زادت في الأملاك أو حطّتها[1]، ولولاها كانت الأملاك كالعدم، أوْجَب الرّجوع بها. ومن رأى أنّ مخرج النّفقة من يده لا يطالب بعين قائمة صارت/ من ملكه إلى ملك غيره، أسقط الرّجوع بهذه النّفقات.

ولو حدث بالآبق عيب بعد بيعه وقبل قبضه، لكان مصيبته ذلك[2] من البائع. فإن قبضه المشتري، وفيه عيوب حدثت بعد العقد وحال سوقُه عنده بعد قبضه، فإنّ الفسخ قد ارتفع لأجل حوالة الأسواق عليه وهو في يديه، ولكنّه يقوم عليه على حسب ما قبضه بعيوبه الحادثة قبل قبضه وبعد بيعه، كما قدّمناه من كونها حدثت والعبد في ضمان بائعه.

ولو اطّلع على عيب قديم أيضاً إلى هذه العيوب الحادثة بعد العقد وقبل القبض، لم يمنع الرّدّ بهذا العيب القديم الّذي سبق البيع حوَالةُ سوق هذا العبد الآبق بعد قبض المشتري له، لأنّ الرّدّ بالعيب لا يفيته حوالة السوق، وإنّما يفيت حوّالةُ السوق البيعَ الفاسد، وقد ألزمنا المشتري لأجل الفوت بحوَالة السوق قيمة العبد بعيوبه الحادثة قبل قبضه وبعد عقد بيعه، فصارت القيمة

(1) هكذا في الوطنية، وفي المدنية: حظها، ولعل الصواب: حصّنتها.
(2) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: لكانت مصيبته تلك.

كثمن اشتُرِيَ به العبد شراءً صحيحاً، ثمّ اطّلع فيه على عيب وقد حال سوق العبد، فإنّه إنّما يقضى له بتخييره بين أن يقبل العبد بالعيب القديم للعيب على حالته من العيوب الحادثة بعد العقد وقبل القبض خاصة، وإن شاء ردّ العبد بالعيب القديم، وانتفض ما لزمه من القيمة.

ولو كان فوت العبد عند المشتري بعيوب حدثت عنده، فإنّ له ها هنا أن يطلب قيمة العيب القديم، وتلزمه قيمة هذا الّذي قبضه على حالته من العيوب التّي قبضها عليه، القديمة والحديثة. كما يجري الحكم في ذلك في البيع الصحيح إذا اطّلع المشتري على عيب قديم وقد حدث عنده عيب آخر، ويكون ها هنا اللاّزم له قيمة العبد يوم قبضه على ما هو عليه من عيب قديم أو حديث. وإن اختار الرّدّ بالعيب القديم، قوّم قيمة/ ثانية ليعلم منها مقدار ما نقصه العيب الّذي حدث عنده.

وأمّا الضالّة فتجري مجرى الآبق في جميع ما قدّمناه.

وقد تكلّم **ابن القاسم** وغيره على شراء الإبل المهملة في الرّعي ومنعوا ذلك. فمنهم من أشار في علّة المنع إلى كونها لا تعلم صفتها، ومنهم من أشار إلى كونها لا يمكن قبضها إلاّ بإرهاق وأمر شاقّ، فأشترط في المنع كونها على هذه الحالة ليلحق بما منع من بيعه لعدم القدرة على تسليمه والتّمكين منه.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: أمّا شراء الجنين فإنّه لا يجوز لما تحقّق فيه الجهالة لكلّ ما يقصد من جنسه من المبيع. وإلى هذا أشار **مالك** في **الموطأ** فقال: إنّه لا يدري أحيّ أم ميّت، أذكر أم أنثى، إلى غير ذلك من الصفات التّي ذكرها. وقال أيضاً: إنّه إذا اشترى العبد الآبق الّذي قيمته خمسون ديناراً بعشرين ديناراً، فإنّ المشتري إن وجده ذهب من مال البائع ثلاثون ديناراً، وإن لم يجده ذهب من مال المشتري عشرون ديناراً. فأشار في علّة المنع إلى الجهالة بالمبيع وإلى المخاطرة في الثّمن.

وأمّا استثناؤه فإنّه ممنوع أيضاً لكون البائع قد حطّ من الثّمن كأنّه اشترى به الجنين. وقد قدّمنا أنّ شراءه لا يجوز لما فيه من المخاطرة في المثمون

والثّمن. وهذا التّعليل إنّما يتّضح على القول بأنّ المستثنى مشترَى بأن يقدّر أنّ البائع باع الأمة بجنينها، وصار بالعقد ملكاً للمشتري فاشتراه هو بما وضعه من الثّمن الّذي يجب له لو لم يشترطه، ويستثنيه. وقد بولغ في المنع من هذا حتّى ذكر في الموّازيّة أنّه لو باع رمكة على أنّها عقوق، لم يجز هذا البيع. ورأى أنّ اشتراط كونها حاملاً حين العقد يصيّر الجنين مقصوداً في العقد، وما كان مقصوداً في العقد فله حصّة من الثّمن، وقد ذكرنا أنّ الثّمن الّذي هو عوض الجنين فيه من المخاطرة ما بيّنّاه. ولو ذكر أنّها عقوق لا على جهة الاشتراط لكونها حاملاً حتّى/ يكون لذلك حصّة من الثّمن، بل على جهة الإخبار بحالها والتبرّي من حملها لجاز العقد، لكونه إذا وقع على هذه الصفة لم يكن له حصّة من الثّمن ولم يكن مشترَى مع أمّه.

والجواب عن السّوال الثّالث أن يقال: ما معنى النّهي عن حبل الحبلة؟ فإن فيه تفسيرين، أحدهما: أنّ المراد به بيع نتاج ما تنتجه النّاقة. وإلى هذا ذهب ابن وهب. وذهب مالك إلى أنّ المراد به بيع سلعة بثمن يقضَى عند نتاج النّاقة. والمعنيان جميعاً يتّضح فسادهما. وقد بيّنّا وجه المنع من شراء جنين ناقة، والجنين موجود حين العقد في بطن أمّه، فشراء جنين يخلق من هذا الجنين الأوّل/ أوضح في المنع. وكذلك إذا كان المراد ضرب هذا أجلاً لثمن سلعة باعها، فإنّ ذلك أيضاً ممنوع لكون الثّمن لا يعلم متى يقبض، ولا الزّمن الّذي تنتجه ما تنتجه ناقة مشار إليها. كيف ولو كان الزّمن محدوداً معلوماً مبلغه، ولكنّه من الطّول بحيث الغالب فيه تغيير الذّمم وعدم الثّقة بحصول الثّمن، وكون الغالب منه أنّه لا يبقي مشتريه إليه وإن بقي يتغيّر حاله في الكسب، ولو كان الأجل عشرين عاماً لكره ذلك، ولكنّه لا يفسخ البيع فيه. ولو كان لعشر سنين لكان ذلك جائزاً. وهذا التّفصيل الّذي وقع في هذه الرّواية ما بين جواز وكراهة وتحريم لا ينبغي أن يساق مساقاً واحداً في سائر النّاس، فإنّه ربّما كانت بعض الذّمم في قوم، السنين[1] الكثيرة في حقّهم بالإضافة إلى

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: السنون.

كسبهم كالسنين القليلة في حقّ آخرين.

وأمّا النّهي عن بيع المضامين والملاقيح، فإنّ فيه قولين، **أحدهما**: أنّ المضامين ما في بطون الإناث، والملاقيح ما في ظهور الفحول. وإلى هذا ذهب **مالك** واحتجّ بقوله تعالى: ﴿وَأَرْسَلْنَا ٱلرِّيَٰحَ لَوَٰقِحَ﴾[1]. والرّياح محرّكة لتوليد الشّجر ثمارها لا حاملة للثّمار. وقيل: عكس هذا، إنّ الملاقيح ما في بطون الإناث، والمضامين ما في ظهور الفحول. وإلى هذا ذهب **ابن حبيب** وأنشدوا في هذا:

ملقـوحـة فـي بطـن نـاب حائـل

وفي الاستشهاد بهذا البيت نظر.

وأمّا بيع الحصاة ففيه أقوال في تفسيره. فقيل: معنى الخبر الوارد بالنّهي عن أن يكون في يد إنسان حصاة، فيقول للآخر: إذا سقطت من يدي لزمني ما بعته منك. وقيل: المراد إذا سقطت الحصاة من يدي على ثوب بعينه، فإنّ البيع لازم. وقيل: معناه أن يبيعه منتهى ما يبلغه رميه بحصاة.

وقد تكلّمنا في كتابنا **المعلم** على هذه التّأويلات وذكرنا أنّ التّعليق بسقوط الحصاة من يده إذا كان المراد إسقاطها باختياره، فإنّه كبيع خيار إذا قدّر في ذلك أجل يجوز الخيار إليه. وكذلك إذا أراد إن سقطت الحصاة على ثوب بعينه من ثياب فقد عينت ذلك للبيع والثّياب متساوية، فإنّ هذا أيضاً كبيع ثوب من ثوبين يختاره البائع.

---

(1) سورة الحجر، آية: 22.

فصـــل

ذكره في **المدوّنة** يتعلّق بما نحن فيه. فقال فيمن باع عبداً بشرط أن يعتقه المشتري: إنّ ذلك جائز.

قال الإمام رحمه الله يتعلّق بهذا الفصل سبعة أسئلة، منها أن يقال:

1 ـ ما تقسيم الشّروط المقارنة للبيع؟.

2 ـ وما حكم هذا الشّرط للعتق هل يفسد البيع أم لا؟.

3 ـ وهل يجبر المشتري على إيقاع العتق؟.

4 ـ وهل يجوز اشتراط/ الانتقاد في هذا البيع؟.

5 ـ وهل يجوز تأخير العتق؟.

6 ـ وما حكمه إن فات المبيع قبل إيقاع هذا الشّرط؟.

7 ـ وما حكم البيع بشرط تحجير ممنوع منه؟.

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: حكم الشّروط المقارنة للبيع ثلاثة أنواع:

1 ـ إمّا أن يكون من مقتضى العقد.

2 ـ أو من مصلحته.

3 ـ أو ليس من مقتضاه ولا من مصلحته.

والّذي من مقتضاه ثلاثة أقسام أيضاً:

1 ـ وجوب التّسليم للبيع.

2 ـ والقيام بالعيب.

3 ـ والمطالبة بردّ العوض عند انتقاض/ البيع.

والّذي من مصلحته ثلاثة أقسام أيضاً:

1 ـ التوثّق برهن أو حميل.

2 ـ والمرفِق بالتّأجيل.

3 ـ أو الخيار لاختيار المبيع.

وأمّا القسم الثّالث من الأقسام الأولى، وهو ما خرج عن مقتضى العقد وعن مصلحته، وذلك أيضاً ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

1 ـ أن يشترط إيقاع فعل في المبيع لا يلزمه في مقضتى الملك.

2 ـ أو يمنع من فعل في المبيع ممّا يقتضيه الملك.

3 ـ أو يعود إلى جهالته في ( )[1]، أو ما في معنى ذلك.

فأمّا الذي من مقتضى العقد فإنّه يلزم وإن لم يشترط. والنّطق باشتراطه تأكيد للأمر اللاّزم فيه لكون البائع مجبوراً على التّمكين من المبيع، وعلى ردّ العوض عند القيام بعيب أو استحقاق.

وأمّا الّذي من مصلحته فيجوز، ولا يلزم إذا لم يشترط، كالرّهن، والحميل، والتّأجيل في الثّمن، والخيار في المبيع.

وأمّا ما خرج عن هذين فإنّه يمنع من اشتراطه كمن باع على أن يدبّر الأمة التّي اشتراها، أو يتّخذها أمّ ولد، أو على ألاّ يبيع ما اشتراه، ولا يهبه، أو على ألاّ خَسارة على المشتري في الثّمن إذا باع، أو على اشتراط سلف وما فيه معنى هذه الأمور.

فهذه التّقاسيم المشتملة على الشرّوط المقارنة للبيع على الجملة، وتفصيلها يردّ كلّ قسم في موضعه إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: قد ذكرنا فيما تقدّم من هذا الكتاب الاختلاف في العقد المقارن لشروط ممنوعة كالبيع والسلف وبيع الأمة على أن

(1) بياض بالأصل في النسختين مقدار كلمة.

يتّخذها أمّ ولد إلى غير ذلك ممّا ذكره. وذكرنا أيضاً في كتابنا المترجم **بالمعلم** الحكاية المأثورة عن سائل سأل **ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبا حنيفة** عن بيع وشرط. فابن **شبرمة** أفتاه بإمضاء البيع والشّرط. ولمّا سأله السّائل وأعلمه بخلاف ما خالفه فيه من[1] **ابن أبي ليلى** بأنّ البيع صحيح والشّرط باطل. فاحتجّ له بقوله عليه السلام: «**المسلمون على شروطهم**»[2]. وأفتاه **ابن أبي ليلى** بأنّ البيع صحيح والشّرط باطل. واحتجّ له لمّا أعلمه بخلاف من خالفه بحديث بريرة وأنّه عليه السّلام/ أمضى شراء **عائشة** وأبطل شرط الولاء، وصعد المنبر فقال: «**كلّ شرط ليس في كتاب الله فهو باطل**»[3] الحديث. وأنّ **أبا حنيفة** أفتاه لمّا سأله ببطلان البيع والشّرط، واحتجّ لمّا علم بمن خالفه **بنهيه عليه السّلام عن بيع وشرط**[4]. وقد ذكرنا في التّقاسيم التّي قدّمنا أنّ من جملتها اشتراط البائع على المشتري أن يوقع في المبيع معنى لا يلزمه بحقّ الملك. وذلك أيضاً يكون على قسمين، أحدهما: أن يوقعه بعد انقضاء ملكه، كبائع يشترط على المشتري إذا أعتق أن يكون الولاء له. فإنّ الولاء إنّما يثبت بعد ذهاب الملك عن العبد المعتق. وقد أشار بعض المتأخّرين إلى أنّ هذا قسم له حكم على حياله، والحكم فيه إمضاء البيع وإبطال الشّرط. فبطلان الشّرط لكونه إنّما يوقع بعد تقضّي الملك، وإمضاء البيع، لأنّ الشّرط الّذي يتعلّق بالملك لا يؤثّر في صحّة الملك. وأشار إلى أنّ هذا الحكم متّفق عليه. وليس كما ظنّ، بل هذا جار على أسلوب ما قدّمنا ذكر الخلاف فيه، وما سنذكره في كتاب النّكاح، إن شاء الله تعالى، من اشتراط ألاّ توارث بين الزّوجين، وانعقاد النّكاح بهذا الشّرط لأنّ التّوارث إنّما يكون بعد زوال ملك العصمة.

والقسم الثّاني أن يوقع المشتري معنى في المبيع في حال كونه مالكاً له.

---

(1) كذا. . . والأولى حذف من.

(2) البخاري: الإجارة ـ الفتح 5:357 (برواية: عند).

(3) متفق عليه. الهداية ج 7، ص 283.

(4) رواه الطبراني وغيره: الهداية، ج 7، ص 248.

وذلك يكون على قسمين أيضاً، **أحدهما**: أن يكون معنى من معاني البرّ، **والثاني**: ألاّ يكون فيه معنى من معاني البرّ.

والّذي من معاني البرّ على قسمين: إمّا أن يكون معجّلاً أو مؤجّلاً.

فإن كان من معاني البرّ التّي تقع في الملك وهو أمر معجّل، فهي المسألة التّي نحن بصددها، وهو أنْ يبيع عبده على أن يعتقه المشتري. وقد اختلف/ النّاس في هذا البيع. فذهب **مالك والشّافعي** إلى جوازه وجواز ما قارنه من الشّروط. وذهب **أبو حنيفة** إلى فساده والمنع من عقده. لكنّه مع ذهابه إلى فساده قال: إنّه إذا فات الأمر فيه، مضى بالثّمن. وقال صاحباه: بل إنّما يمضي بالقيمة كسائر البياعات الفاسدة التّي ذهبا **هما** وشيخهما **أبو حنيفة** إلى أنّ الواجب فيها إذا فاتت القيمة. **فأبو حنيفة** يحتجّ على فساد هذا البيع بما قدّمناه عنه من أنّه عليه السلام **نهى عن بيع وشرط**[1]. والنّهي يدلّ على فساد المنهيّ عنه، كما قدّمنا ذكره وذكر تفصيل الخلاف فيما سلف. ويحتجّ أيضاً بأنّه مبيع قصر المالكُ فيه عن اختياره في التصرّف الواجب له بحقّ الملك، فأشبه من باع جارية على ألاّ يطأها مشتريها، أو على ألاّ يهبها، ولا يبيعها. ونحن **والشّافعي** نردّ عليه بحديث **بريرة**، وهو قد ورد متضمّناً/ لمعنى هذه المسألة التّي اختلفنا فيها. وذلك أنّه ذكر فيه أن **بريرة** أتت **عائشة**، رضي الله عنها، فسألتها أن تعينها في كتابتها، وشكت إليها كون الأداء أعياها، فقالت لها **عائشة**، رضي الله عنها، ما ذكر في الحديث عنها وعن التابعين وعن النبيّ عليه السّلام. ثمّ مع هذا أمضى عليه السلام الشّراء، وأبطل اشتراط الولاء. ولا معنى لقولهم: إنّ الّذي جرى في الولاء إنّما كان قبل انعقاد البيع، لأنّ ظاهر الخبر أنّ البيع عليه وقع. وكذلك لا حجّة لهم بكون الخبر متروك الظّاهر لأنّه تضمّن جواز بيع المكاتب، لأنّا نتأوّله على أنّها عجزت فبيعت. وكذلك لا مستروح لهم في أمره عليه السّلام لها بأن تشترط لهم الولاء، مع كون ذلك لا يجوز، لكونه قد قيل: (لهم) ها هنا

(1) رواه الطبراني وغيره الهداية ح 7. ص. 248.

بمعنى: عليهم. وقيل أيضاً: معنى اشترطي لهم الولاء أي: بيّني لهم حكمه. وقيل أيضاً: هذه رخصة خصّت بها **عائشة** لما اقتضته المصلحة من العقوبة بفسخ البيع، وإشهار ذلك على المنبر، وردّ الفعل الذي وقع فيه لما كان تقدّم منه بيان حكم الولاء، فقصد بهذا المبالغة في البيان والتأكيد للمنع، وبالفسخ إذا وقع. وقد بسطنا الكلام على هذا في كتابنا **المعلم**(1). وأمّا تَعلّقهم بما تضمّنه هذا البيع من التّحجير فوجب أن يمنع، قياساً على من باع بشرط ألاّ يبيع ما اشتراه ولا يهبه، فإنّ الإنفصال عنه أنّ العتق معنى من معاني البرّ وله حرمة مؤكّدة في الشّرع، ولهذا خصّ بخلاف ما تقتضيه الأصول، ألا ترى أنّ من أعتق نصف عبد بينه وبين شريك له، فإنّه يقوّم عليه نصيب شريكه، ويخرج ملك شريكه من يده بغير اختياره، لأجل حرمة العتق. ولو باع نصيبه لم يلزم شريكَه بيعُ نصيبه. فاقتضى ذلك اختصاص العتق بحكم مّا لحرمته. وكذلك اختصّ ها هنا بجواز هذا البيع لحرمته أيضاً. بخلاف من باع على ألاّ يبيع المشتري ولا يهب، فإنّ هذا الشّرط لا حرمة له توجب إمضاء هذا العقد.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: اختلف المذهب على قولين: هل يجبر المشتري لعبد بشرط أن يعتقه أن يعتقه أم لا؟ فمذهب **ابن القاسم** أنّه لا يجبر. ومذهب **أشهب** أنّه يجبر. وبه قال **ابن كنانة** في **المدنية**. واختلفت إشارات الأشياخ في موقع هذا الخلاف بعد اتّفاقهم على حكم موقعين من مواقع هذا الاشتراط. فقالوا: إنّ المشترط عليه أن يعتق هذا العبد إن عقد الشّراء على أنّه بالخيار في إيقاعه، فإنّ هذا جائز، ولكن يجري مجرى بيع الخيار، في ضرب مدّة تجوز أن تضرب في بيع الخيار في هذا العبد إلى/ غير ذلك من أحكام عقود الخيار. وإن كان القصد بهذا الاشتراط إيقاع الحرّية بنفس الشّراء، فإنّ ذلك جائز، والحرّية لازمة بنفس الشّراء، كما يلزم ذلك في شراء الأقارب الّذين يعتقون، على ما سنذكره في موضعه في افتقار عتق الأقارب إلى حكم أم

(1) ج2 ـ ص 146 ـ 150.

لا يفتقر إليه.

وأبو حنيفة يوافق على صحّة شراء الأقارب الّذين يعتقون/ وإن كان عقد الشّراء يقتضي عتقهم، ويُفسِد العقد على عبد أجنبيّ بشرط أن يعتقه المشتري لما فيه من التّحجير المناقض لحقيقة الملك. بخلاف عتق الأقارب الّذي لم يجب عتقهم بالاشتراط من جهة البائع، فيكون ذلك تحجيراً منه[1]، بل بعد صحّة الملك وإيجاب الشّرط عتقهم. وإن امتنع من ذلك البائع والمشتري بعد صحّة الشّراء[1]، فهذان موقعان يقع العقد عليهما، ويصحّ أن يقصد المتبايعان إليهما.

وموقع ثالث، وهو أن يشتري ذلك شراءً مطلقاً من غير تعيين لأحد الموقعين الأوّلين. فرأى بعض أشياخنا صرف الخلاف إلى هذا الموقع، وبناه على حمل هذا الإطلاق للشّرط على حكم أنّ العتق مصروف إلى إرادة المشتري، أو على أنّه نافذ للحرّيّة بعقد الشّراء. وإشارة غيره إلى صرف الخلاف إلى موقع ظاهره خلاف هذا، وهو أن يشترط العتق على جهة الإيجاب له على نفسه. فيكون هذا الإيجاب عند ابن القاسم لا يوجب جبره، ويكون ذلك عند أشهب يوجب جبره. ويعتضد هذا المتأوّل للخلاف على هذا الوجه بما وقع في مسألة المدوّنة في قول الإنسان: لله عليّ عتق رقيقي. وما ذكر في المدوّنة من ذهاب أشهب إلى كون هذا القائل يجبر على الوفاء بهذا النّذر. وإذا جرّه[2] أشهب على هذا مع كون هذا الإيجاب لم يتعلّق عقد معاوضة عليه بل حقّ للعبد، فأحرى أن يجب ذلك فيما تعلّق به حقّ هذا العبد المشترى بهذا الشّرط. وكون هذا الإلزام وقع عن معاوضة، وعقود المعاوضة تلزم ويجبر عليها من امتنع من مقتضاها. وهذا التّنازع يتصوّر قسماً رابعاً على ظاهر مقتضى لفظ الإيجاب، وأمّا على ما أشار إليه في الموّازيّة من تفسير معنى الإيجاب أنّه يعتق بعقد الشّراء، فإنّ هذا يعود إلى ما قدّمناه ولا يكون قسماً رابعاً.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال: قد علم أنّ بيع الخيار لا يجوز أن

---

(1) كلام غير واضح في النسختين.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أجبره.

يعقد على اشتراط النّقد فيه. وأمّا بيع العبد بشرط أن يعتقه مشتريه، فإنّا قدّمنا ذكر الخلاف في إجبار المشتري على هذا العتق. ولا يخفى أنّه إذا كان على ذلك مجبوراً أنّ هذا العقد غير مترقّب ردّه، فيجوز فيه اشتراط النّقد/ كما يجوز ذلك في البيع الّذي لا خيار فيه ولا يترقّب بطلانه. وأمّا على مذهب **ابن القاسم** فتنازعه الأشياخ في هذا، فمنهم من منع اشتراط النّقد فيه لمّا أمكن أن يمتنع المشتري من إيقاع العتق، فيكون من حقّ البائع الرّضى بإمضائه على إسقاط هذا الشّرط، أو استرجاع العبد. فإذا استرجعه وجب أن يردّ ما كان انتقده، فيكون ما اشترط انتقاده كالسلف عند[1] ورده لمّا انتقض البيع.

ومنهم من ذهب إلى جواز اشتراط النّقد في هذا، ورأى أنّه بخلاف بيع الخيار، لأن بيع الخيار لم يصرّح حين انعقاده بكون هذا العقد في حقّ مشترط، مقبولاً عنده أو مردوداً. فترقب ردّه كترقّب إمضائه لا مزية لأحدهما على الآخر، فلهذا منع من شرط النّقد فيه. وأمّا من اشترى عبداً على أن يعتقه، فإنّ ظاهر العقد يقتضي كون هذا العقد عند المشتري على القبول حتّى يرجع عمّا أظهر من القبول والتزام شرطه، حتّى صار هذا القبول له والالتزام موجباً عند أشهب أن يمنع المشتري من ردّ هذا العبد. وإذا كان الأمر كذلك فارق هذا بيعَ الخيار الّذي هو على الوقف، وضارع بيع البتات الّذي هوعلى الإمضاء، ولهذا كان ضمان هذا العبد من مشتريه، وإن ترقّب ردّه بامتناعه من العتق، وبيع الخيار ضمان العبد فيه من بائعه، ولو كان الخيار ممّا اشترطه المشتري في المشهور من المذهب. وهذا عندي يؤكّد طريقة هؤلاء القائلين بجواز اشتراط النّقد في هذا العقد. على/ أنّه ذكر في **الموّازيّة** امتناع المشتري من إيقاع العتق مدّة لا يجوز ضربها في بيع الخيار، وما ذلك إلاّ لكون هذا العقد خارجاً عن أحكام بيع الخيار، وإن كان بعض المتأخّرين أشار إلى اعتذار عن هذا فقال: لعلّ التأخرّ هذه المدّة الطّويلة لم يُبْنَ أصل العقد عليه، ولكنّ التّأخّر اتّفق بعد صحّة العقد لعذر اقتضاه.

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: حذف واو العطف.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال: قد قدّمنا أنّ **أبا حنيفة** يفسد عقد البيع في عبد على أن يعتقه مشتريه. وذكرنا نحن أنّ هذا وإن كان فيه ضرب من التّحجير الّذي لأجله أفسد **أبو حنيفة** البيع قياساً على من باع على ألاّ يهب المشتري ولا يبيع، فإنّ العتق لمّا كان طريقهُ البرَّ والقربةَ، والبرّ والقربة قد أمر الشّارع بهما، كما نهى عن التّحجير على المالك، فإنّه لمّا تقابل ها هنا على المنهيّ عنه. فإذا لم يشترط تعجيل العتق، صار النّهي متعلّقاً بوجهين: أحدهما/ التّحجير والثّاني الغرر والوقوع في الخطر، لأنّ البائع لعبد بشرط أن يعتقه إلى أجل أو يدبّره أو يكاتبه أو يكون المبيع أمة يشترط على مبتاعها أن يتّخذها أمّ ولد ويشترط ألاّ يعزل عنها، فإنّ هذا وإن تصوّر فيه التّحجير تصوّر فيه معنى آخر وهو الغرر والوقوع في الخطر، لكون البائع وضع من الثّمن لأجل غرض لا يدري هل يحصل له أو يفوته؟ فإنّه إذا شرط على المشتري أن يعتق العبد إلى أجل، أمكن أن يموت العبد قبل ذلك فيموت رقيقاً ليس بعتيق، فيفوت البائعَ غرضُه، وتذهب الحطيطة من الثّمن باطلاً. بخلاف إذا كان العتق ناجزاً، فإنّه يجبر المشتري على إيقاع العتق عند **أشهب**، وهو إن لم يجبر عليه عند **ابن القاسم**، فإنّ البائع يستردّ ما باع، فلم يذهب ما حطّ من الثّمن باطلاً. وإذا تصوّر هذا الغرر في المعتق إلى أجل، كان تصوّره في المدبّر أمكن لجواز أن يموت قبل موت سيّده، فيموت رقيقاً، أو يموت سيّده قبله وقد أحاطت الدّيون بتركته، فيكون التّدبير باطلاً، ويعود العبد رقيقاً، فيفوت البائعَ غرضُه ويذهب ما حطّ من الثّمن من غير حصول عوض عنه. وهكذا يتصوّر في الكتابة والإستيلاد من الغرر ما أشرنا إليه. فلمّا تأكّد المنع ها هنا لتعلّقه بوجهين اثنين، لم يقابل ذلك ما تعلّق به الأمر من المعونة على البرّ والقربة، فلا يقابل وجه واحد ها هنا وجيهن. هذا وجه المنع من اشتراط تأخير العتق.

ومن باع بشرط ألاّ يبيع المشتري ولا يهب، هذا التّحجير وجه ممنوع ولا يقابله طريق مأمور بها، إذ لا برّ في هذا التّحجير. فوجب المنع لعدم المقابل ها هنا، كما وجب المنع في اشتراط التّدبير، لكون الموانع أكثر من الوجه

المأمور به. وإذا كان العتق معجّلاً يقابل وجهان راجح أحدهما على الآخر على حسب ما بيّناه. فإن وقع هذا البيع على هذا الوجه الممنوع، وامتنع البائع من إسقاط ما اشترط من تدبير أو غيره، ممّا ذكرناه وذكرنا المنع منه، فإنّ البيع يفسخ. وإن أسقط شرطه، فهل يصحّ إمضاء هذا العقد بإسقاط هذا الشّرط أم لا؟ فيه قولان. مذهب **ابن القاسم** إمضاء البيع، ومذهب **أشهب** أنّه لا يمضي. وقد أشرنا إلى سبب هذا الاختلاف في كلامنا على البيع بشرط السلف، وأشرنا إلى أنّ من أمضى هذا البيع لأجل إسقاط هذا الشّرط قدر الفساد كالخارج عن الثّمن والمثمون والعقد، والمقصود في العقود تخليصها ممّا يفسد أحد هذه الثّلاثة أنواع، والشّرط خارج عنها، فإذا أسقطه مشترطه أذهب علّة الفساد ورفعها. والعلّة إذا ارتفعت، ارتفع حكمها. ومن نقض البيع ولو أسقط هذا الشّرط، رأى أنّ الفساد ينصرف إلى الثّمن كما صوّرناه من التّخاطر الّذي وقع من الحطيطة في الثّمن. وإذا رجع الفساد إلى/ الثّمن أو إلى العقد من جهة ما وقع فيه من تحجير ومنع من مقتضى العقد وجب الفسخ ولو أسقط الشّرط. وإذا وضح وجه الاختلاف في إمضاء العقد إذا أسقط هذا الشّرط، فإنّ المذهب على قولين أيضاً في كون هذا المبيع على شرط التّدبير، واتّخاذ هذه الأمة أمّ ولد تفوت بمجرّد حوالة الأسواق دون تغيّره في نفسه. فالمشهور أنّه يفوت بحوالة السوق كسائر البياعات الفاسدة. وذكر عن **أصبغ** فيمن اشترط على المشتري أن يتّخذ الأمة الّتي اشتراها أمّ ولد أنّ هذا البيع لا يفوت بحوالة السوق. فأمّا طريقة من ذهب إلى أنّه لا يصحّ إمضاء البيع وإن أسقط الشّرط، فيتّضح كون حوالة السوق تفيت هذا البيع لكون الفساد فيه منحتماً لا قدرة على تصحيحه فأشبه سائر البيوع الفاسدة.

وأمّا من ذهب إلى أنّ البيع يصحّ إذا أسقط الشّرط، فقد يشكل الأمر على أصل هؤلاء لكون هذا البيع ليس بمنحتم الفساد ضربة لازم، بل يقدر البائع على تصحيحه بإسقاط ما اشترط، فأشبه ذلك البيع الصحيح الّذي يجب ردّه لمعنى آخر كالرّدّ بالعيب في بيع صحيح فإنّ حوالة السوق فيه ليس بفوت. وقد يقال:

إنّه انعقد على الفساد، ودخل المشتري على قبول هذا الشّرط، وإنّما يرتفع هذا القبول وحكم الفساد إذا انثنى رأي البائع عمّا عقد عليه واشترطه وأسقط هذا الشّرط. وهذه الطّريقة تنظر إلى ما كنّا أشرنا إليه من اختلاف الأشياخ في جواز النّقد في شراء عبد على أن يعتقه مشتريه وأنّ من منع من ذلك رآه كبيع الخيار، ومن أجاز ذلك فرّق بينه وبين بيع الخيار بأنّ المشتري لمّا قبل البيع بشرط أن يعتق، صار العقد وقع على قبول العتق، فلم يرتفع حكمه حتّى ينثني رأي المشتري عمّا دخل عليه وأظهر قبوله من البائع، بخلاف بيع الخيار الّذي هو من أصله على الوقف.

وعلى هذا الأسلوب يجري الأمر في القيمة الواجبة في هذا البيع وما في معناه، فقيل: إنّ القيمة فيه تفتقر فيها أن[1] لا تكون أكثر من الثّمن الّذي تعاقدا عليه، ولا تكون أقلّ منه، بل يقضي بالقيمة مطلقة بالغة ما بلغت/ . فأمّا من قضى بها مطلقة، فإنّه يتّضح ما قاله على مذهب من رأى فسخ البيع ولو أسقط، وأمّا على مذهب من يرى إمضاءه إذا أسقط الشّرط فإنّه يحسن عنده أن يجري الحكم مع الفوت كما يجريه مع قيام المبيع. فلمّا كان له أن يسقط الشّرط مع قيام السلعة، فيصحّ البيع ويجب الثّمن الّذي تعاقدا عليه. فإذا قصرت القيمة عنه، لم يكن للمشتري مقال في أن يقبل منه القيمة بصحّة البيع، فكذلك مع الفوت. وإن كانت القيمة أكثر من الثّمن، كان من حقّ البائع أن يقول: لا أسقط الشّرط، فينحتم فساد البيع، وردّ عين السلعة، مع أنّها لم تفت، فكذلك إذا فاتت إذا وقع الفوت بما شرط البائع إيقاعه، مثل أن يبيع عبده على أن يدبّره مشتريه، فإنّ المذهب اختلف في ذلك، فقيل: يمضي التّدبير لحق الله سبحانه في إمضائه، والمنِع من الرّجوع عنه وإبطالِه، ولا يكون للبائع رجوع بما حطّ لأجل هذا الشّرط. وإن كانت المعاوضة على هذا لا يجوز لكون المشتري قد سلّم وفعل ما وقعت المعاوضة عنه، فيجب أن يستحقّ العوض عن ذلك،

(1) هكذا في النسختين. ولعل حذفها يكون الكلام معه أوضح.

والعوض عنه هو الّذي حطّه البائع من الثّمن لأجل ما أحدث المشتري في العبد ممّا عابه ونقص ثمنه، وكان ذلك بأمر البائع وإذنه على عوض التزمه. وكذلك لو لم تكن هذه المعاوضة على معاقدة البيع في العبد، ولكن قال رجل لرجل: دبّر عبدك، ولك عندي دنانير، سمّاها له، فإنّ هذه المعاوضة أيضاً لا تجوز لما/ اقتضته من الغرر والمخاطرة التّي تقدّم بيانها. ولكن إذا دبّر مالك العبد لأجل هذه المعاوضة نفذت على طريقة من قال من أهل المذهب: إذا عقد بيع على فساد وأمر المشتري البائع أن يفعل فيه فعلاً، وهو في يديه قبل أن يصير إلى يد المشتري، فإنّ ذلك الفعل ينفذ وكأنّه وقع من المشتري بعد قبض للمبيع، والمشتري يضمن ما أحدثه في المبيع بعد أن قبضه، فكذلك يضمن ما أحدثه البائع بأمره قبل أن يصير العبد إلى يده. وهذا يبسط في الكلام على من اشترى زيتوناً على أنّ على البائع عصره، أو غزلاً على أنّ عليه حوكه، أو فضّة على أنّ عليه صياغتها.

وقيل: يمضي التّدبير الّذي شرطه البائع على المشتري لكون التّدبير لا يصحّ نقضه لأجل تعلّق حقّ الله سبحانه به، والعوض عنه ينتقض لفساد المعاقدة عليه لا سيما إذا لم تكن معاقدة على بيع، ولكن لو قال/ رجل لآخر: دبّر عبدك ولك عليّ دنانير سمّاها له، فإن مدبّر العبد ها هنا أحدث في ملكه عيباً وهو في يديه، ولم يكن من الآخر سوى قول تضمّن التزام معاوضة عن فعل لا تجوز المعاوضة عليه، ولا تضمّن هذا الفعل مجرّد الأمر به. وقيل: بل يوقف الأمر في البيع بشرط التّدبير، فإن خرج المدبر حرّاً، مضت المعاوضة، وإن بطل التّدبير لموت المشتري مدياناً لا ثلث له يخرج منه العبد ولا بعضه، ردّت المعاوضة. وهذا يقدح فيه بأنّ الّذي أوقع التّدبير إنّما فعله ليستعجل أخذ عوض عنه، فإذا وقف هذا العوض عليه إلى موته ومصيره إلى حال لا ينتفع بهذا العوض، فكأنّه أُمضي عليه فعله وأبطل العوض عنه، فإنّما يحسن أن يقال: بطل العوض لفساده، أو يمضي على ما هو عليه لفوات هذه المعاقدة التّي لا يصحّ نقضها، فيمضي بالمسمّى كما تمضي بعض البياعات الفاسدة بالمسمّى إذا

كان فسادها ليس بواضح التّحريم متّفق عليه على إحدى الرّوايتين. وقد أشار بعض الأشياخ إلى أنّه يحسن أن يقال: لا يمضي بالمسمى، ولكن يرجح البائع على المشتري بمقدار ما بين قيمة العبد رقيقاً وقيمته مدبراً، فيكون هذا التّقويم عنده كالتّقويم للبياعات الفاسدة إذا فاتت.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال: إذا تقرّر القول في فوت العبد المشترط على المشتري إعتاقه بإيقاع ما اشترط عليه، فنتكلّم ها هنا على حكم الفوت بحدوث أمر غير ما شرط عليه. وقد ذكرنا حكم الفوت فيمن اشترط تدبيره وعتقه إلى أجل بإيقاع ما اشترط فيه، حكمَه إذا فات بحوَالة سوق وما في معناها. وأمّا من باع عبداً واشترط على مشتريه أن يعتقه عتقاً مؤجّلاً، فإنّه قد اختلف في فوته بحوَالة الأسواق إذا امتنع المشتري من إيقاع العتق. فمن لم يفته بذلك رأى أنّ البيع صحيح وحوَالة الأسواق لا تؤثّر في البيع الصحيح. ومن رأى أنّ حوَالة الأسواق فيه فوتاً قدّر أنّه لَمّا دخل المشتري على إعتاقه، فامتنع ولم يجبر على إيقاع العتق، لحق الضّرر بردّه وقد حال سوقه.

وأمّا إن وقع الفوت بموت هذا العبد، فإنّه لا يخلو من ثلاثة أقسام، أحدها: أن يموت العبد في يد مشتريه بقرب عقده فيه، أو يموت بعد تراخ ليس بالطّويل كالشّهر ونحوه، أو بعد تراخ طويل كالسنة ونحوها.

فأمّا إن فات بالموت بقرب زمن الشّراء، فإنّه لا مقال للبائع على المشتري فيما حطّ من الثّمن، لأجل أنّ المشتري لم يتعدّ في ترك العتق، ولا فرّط في إيقاعه، فيضمن بسبب التّفريط، فصار إذا لم يفرّط في إيقاع العتق كمُوقِعه، ولو أوقعه/ ما كان للبائع مقال في الحطيطة، فكذلك/ إذا لم يوقعه من غير تفريط في إيقاعه.

وأمّا إن مات بعد الشّهر ونحوه، فإنّ للبائع أن يرجع على المشتري بقدر ما حطّ من الثّمن لأجل العتق الّذي فرّط المشتري في إيقاعه حتّى حَرَم البائعَ غَرَضَه الّذي لأجله وقعت الحطيطة. وهذا إذا لم يعلم البائع بالتّأخير حتّى لا يعدّ البائع كالآذن له في التّأخير.

وأمّا إن مات بعد السنة ونحوها، فإنّ الشّرط ساقط، ويعدّ إضراب البائع عن الزام المشتري للعتق كالرّضى بإسقاط شرطه. فإذا علم بهذا التأخير هذا المقدار من الزّمن، عدّ راضياً بإسقاط ما اشترط. [لم يكن له مقال، ويباع للمشتري على أن يعتقه عن ظاهره[1] أو عما يجب عليه فيه عتق رقبة][2].

/ هذا حكم فوته بالموت.

وإن فات بعيوب مفسدة حدثت فيه عند المشتري، فإن كان بقرب العقد، فإنّ بعض الأشياخ يقول: يكون للمشتريْ الخيار قبل حدوث هذا العيب المفسد، فإن أوقعه وفّى بما شرط عليه، وإن امتنع رجع البائع عليه بالحطيطة. وبعضهم يقول: الخيار للبائع، إن شاء أمضى البيع بالحطيطة، وإن شاء ارتجع العبد. فكأن من ذهب إلى ما حكيناه من الإشارة إلى اختلاف في المعنى إنّما يختلفون في معنى قد يشكل، وهو كون المشتري يعتقه وقد حدث به عيب مفسد. فبعضهم يشير إلى أنّه يُقرَّر كمن وفّى بشرطه لكونه غير مفرط في إيقاع العتق، كما لو مات العبد بقرب عقد الشّراء، فإنّه لا يطالب بالحطيطة عوض[3]، ويكون ضمان هذا الّذي اشترط من بائعه. فكذلك إذا حدث عيب مفسد عند المشتري وهو غير مفرّط ولا متعمّد في التأخير، فيجب ألاّ يكون للبائع مقال إذا وقع العتق. وإذا أراد بعض الأشياخ بما حكيناه عنه أنّه لا يجزيه في الوفاء بالشّرط هذا العتق، فإنّه يرى أنّه إنّما اشترط عتق عبد سليم يمكنه التكسّب وأن ينفع نفسه، فإذا عمي أو شلّ وامتنع من التكسّب، صار عتقه على هذه الحالة خلاف غرض البائع.

وهكذا أيضاً إن كانوا أشاروا إلى اختلاف في معنى آخر، وهو إذا امتنع من العتق هل تلزمه الحطيطة لأجل أنّه لا يمكن أن يأخذ من البَائع عبداً سليماً

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: كما لم يكن له مقال إذا باعه للمشتري. . .
(2) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: ظهاره.
(3) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: عوضاً.

ويردّه إليه معيباً. فإذا امتنع الرّدّ لأجل هذا، لزمت المشتري الحطيطة.

وأمّا إن أخّر المشتري عتقه تأخيراً يكون متعدّياً فيه كالشّهر ونحوه، فإنّه يلزمه أن يغرم الحطيطة لكونه متعدّياً في التأخير، ومفرّطا في إيقاع العتق حتّى صار العبد إلى حالةٍ إعتاقه عليها خلافُ غرض البائع.

والجواب عن/ السؤال السابع أن يقال: قد علم أنّ حقيقة البيع نقل الملك بعوض كما قدّمناه. وعلم أيضاً أنّ معنى الملك القدرة على التصرّف في المملوك بحسب ما أذن فيه الشّرع. فإذا باع البائع سلعته، اقتضى حقيقة الملك الّذي صار إلى المشتري أن يبيعها ويهبها إذا شاء. فإذ شرط البائع في عقد البيع ألاّ يبيع ولا يهب، فقد حجّر عليه مقتضى الملك، فصار بذلك مناقضاً لحقيقة البيع ففسد البيع. ولكن إذا أسقط البائع هذا الشّرط، هل يصحّ أم لا؟ فيه قولان، وقد تقدّم توجيههما.

وينبغي أن ينظر فيما حجّر من التصرّف، فإن كان سائره أو منفعة مقصودة فيه، فسد البيع إذا لم يسقط الشّرط. وإن كان ما حجر لمحجره فيه غرض صحيح، وهو غير مقصود عند المشتري ولا مضرّ به، فإنّه لا يمنع. كمن باع جارية [على ألاّ يبيعها من فلان خاصّة فإن هذا جائز لكون التحجير للبيع من رجل واحدٍ لا مضرة على المشتري فيه، ولو قال:][1] إلا من فلان، لمنع من ذلك لكونه حجّر عليه المقصود من الملك. وعلى هذا يجري الحكم وأباح له سائر الدنيا، فإنه يجوز ذلك. ولو حجر عليه ألاّ يبيعها إلا في بلد بعينه إذا شرط عليه ألاّ يبيعها في بلد بعينه، لمنع/ من ذلك لما أشرنا إليه من التّعليل. ولو شرط عليه أن يخرجها من بلدها لمنع من ذلك. وقد وقع في مختصر **ابن شعبان**: إذا شرط البائع على المشتري أن يخرجها إلى بلد آخر يبيعها فيه، فإنّ ذلك جائز. وذكر في **الموّازيّة**[2] **أنّه إذا اشترط عليه أن يخرجها إلى الشّامّ**، فإنّ

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من و.

(2) في المدنية: المدوّنة.

ذلك لا يَجوز. وأشار بعض الأشياخ إلى أنّ هذا اختلاف قول.

وهو عندي قد ينبني على ما أصّلته من اعتبار ما يقصد وما لا يقصد. فإن كان المراد بما وقع في **مختصر ابن شعبان** بقوله: إلى بلد آخر، بلداً معيّناً، منع ذلك لما فيه من التّحجير. وإن أراد بلداً من سائر البلاد، لم يكن ذلك تحجيراً لمعنىً مقصود، لا سيما إذا اشترط البائع ذلك لغرض فيه أن لا تبقى معه في بلد بعد خروجها من ملكه، فيلحقه من ذلك ضرر. وهكذا يجري الأمر فيما يشترط من هذا المعنى.

ولو اشترط المشتري على البائع ألاّ خسارة عليه إذا باعها، لمنع ذلك أيضاً.

وقد اختلف المذهب فيمن باع سلعة يشترط ألاّ يبيعها المشتري حتّى يقضي الثّمن.

فأجاز ذلك **مالك** وقدّر أنّه لمّا كان المشتري قادراً على القضاء للثّمن كلّ يوم، صار الامتناع من البيع من جهته لا من جهة التّحجير/ المشترط، فلم يفسد هذا الشّرط البيع.

وذكر **ابن الموّاز** أنّ هذا الشّرط إنّما يجوز في الزّمن القليل كاليوم واليومين، ورأى أن اشتراط تأخير قبض السلعة المعيّنة اليوم واليومين جائز، بخلاف اشتراط قبضها الزّمن الكثير.

وقال **ابن القاسم** لا خير فيه. وقدّر أنّ المشتري قد يتعذّر عليه أداء الثّمن إلاّ بأن يبيعها ويقضي ثمنها، وإذا أراد ذلك كان مقتضى التّحجير أن يمنع [مفسد البيع][1].

وقد اختلف المذهب فيمن باع سلعة بثمن إلى أَجل على أن تبقى السلعة رهناً بيد البائع، أو بيد عدل حتّى يقضي المشتري الثّمن. فمن منع ذلك قدّره

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: مفسداً للبيع.

أيضاً كبيع معيّن يقبض إلى أجل. وفي **الموّازيّة** فيمن باع عبداً بثمن إلى أجل، واشترط على المشتري أنّه حرّ إن لم يقبض الثّمن عند الأجل، أنّ ذلك جائز. وعورض هذا أيضاً بأنّ المشتري ممنوع من بيع هذا العبد حتّى يُقبض الثّمن. فصار هذا الشّرط تضمّن تحجيرع البيع حتّى يقضي الثّمن، فعاد الأمر إلى المسئلة الّتي قدّمنا ذكر الخلاف فيها.

ولو شرط في البيع أنّ المشتري متى باع السلعة، كان بائعها أحقّ بها بالثّمن الأوّل أو الثّمن الّذي يعطاه المشتري، لمنع ذلك لما فيه أيضاً من التّحجير.

ولو شرط مثل هذا في الإقالة، لمضى الشّرط. وكان البائع الّذي سأل، بعد صحّة البيع، في الإقالة، فأقاله المشتري على هذا الشّرط مطلوباً بهذا الشّرط. ومتى باعها كان المشتري المقيل أحقّ بها. وقد تقدّم كلامنا على هذه المسئلة فيما مضى. وقد تعقّب هذا في الإقالة أيضاً. وإنّما يعتذر عنه بأن الإقالة حلّ بيع/ على أحد القولين، وليست كابتداء بيع وطريقها المعروف.

وممّا ألحق أيضاً بالبيوع الممنوعة بيع الثُّنْيَا، وهو أن يبيع سلعة على أنّه متى ردّ الثّمن استردّها، ثمّ أسقط البائع هذا الشّرط. فقال **مالك**: هذا البيع كان أوّله حراماً ثمّ صار حلالاً. قال **ابن الموّاز**: هذا إذا رضي المشتري. وظاهر قول **مالك** أنّ هذا البيع يصحّ بإسقاط هذا الشّرط وإن لم يرض به المشتري، وألحقه ببياعات الشّروط. وكأن **ابن الموّاز** استبعد هذا ورأى أنّ هذا الفساد راجع إلى الثّمن، فلم يصحّ البيع بتصحيحه. كما لو باعها بثمن إلى موت زيد ثمّ عجّله الآن. وقد أضيف إلى ما اشترطه **ابن الموّاز** من رضى المشتري كون المتبايعين تفاسخا العقد الأوّل. وقد كنّا/ نحن قدّمنا ذكر هذا، وسبب الخلاف فيه. فهذا حكم بياعات الشّروط الفاسدة.

وقد كنّا قدّمنا أنّ الشّروط المقارنة للبيع على ثلاثة أقسام، أحدها أن

يكون من مقتضى العقد كجواز التصرّف/. والثّاني أن يكون من مصلحته. ومثّلنا هذا باشتراط الرّهن والحميل في عقد البيع. وقد ذكر في **المدوّنة** في كتاب البيوع الفاسدة حكم اشتراط الرّهن والحميل في عقد البيع، فاعلم أنّ ذلك يقع اشتراطه على وجهين:

أحدهما: أن يشترط في ذلك رهناً معيّناً أو حميلاً معيّناً.

والثّاني: أن يشترط رهناً غير معيّن أو حميلاً غير معيّن.

فأمّا إن اشترط في ذلك رهناً معيّناً، فإنّه إن كان الرّهن والحميل حاضرين، جاز ذلك من غير خلاف. وكذلك إذا كان قريبين من مكان العقد. وأمّا إن كانا بمكان غائب بعيد من مكان العقد، فأمّا اشتراط هذا الحميل المعين الغائب، فإنّه ممنوع. وأمّا اشتراط الرّهن، فإنّ **ابن القاسم** أجازه، ومنعه **أشهب** إلاّ أن يكون الرّهن بمكان قريب، مسافة اليوم واليومين.

فأمّا المنع من اشتراط حمالة رجل غائب بمكان بعيد، فإنّه كاشتراط عقد بيع على خياره فيفتقر إلى انتظار ما عنده في هذا، فإن قبل مَضى البيع وإن لم يقبل ردّ البيع. والأمد البعيد لا يجوز اشتراطه في بيع الخيار لما سنذكر في موضعه إن شاء الله تعالى. وكذلك اشتراط هذا الحميل لكون البيع موقوفاً على ترقب ما يبدو منه في الحمالة، فإن التزمها نفذ العقد، وإن امتنع من الحمالة لم يلزم البائعَ البيعُ، وله ارتجاع سلعته، لكونه إنّما باعها بشرط أن يتوثّق بحمالة، فإذا لم يحصل له التوثّق، صار كعيب في الثّمن الّذي باع به، فكان له ردّ الثّمن وارتجاع ما باع. وإن شاء رضي بهذا العيب الّذي هو عدم التوثّق، وإمضاء البيع بغير حميل.

وإذا كان هذا البيع انبنى انعقاده على خيار الحميل بين التزام الحمالة أو ردّها، ثمّ إذا لم يقبل الحمالة، كان الخيار للبائع أيضاً، كما ذكرناه، صار هذا بيعاً مبنياً انعقاده على خيار إلى أمد بعيد. فإذا كان الحميل قريباً بمكان يمكن

أن يستعلم ما عنده في الحمالة في مسافة مقدارها مثل الأيّام التّي يجوز ضربها في بيع الخيار، جاز عقد البيع. فإن التزم الحمالة، نفذ العقد. وإن لم يلتزمها خير البائع بين إمضاء البيع بغير حميل أو ارتجاع سلعته، كما بيّناه.

وأمّا اشتراط ارتهان شيء معين غائب بمكان بعيد، فإنّ **أشهب** يمنعه قياساً على منع اشتراط الحميل البعيد الغيب. **وابن القاسم** يجيزه قياساً على جواز العقد على سلعة غائبة. ويوقف المبيع حتّى يعلم وجود الرّهن كما يوقف ثمن السلعة.

ويفرّق الحميل والرّهن في هذا، فإنّ الحميل تجويز رضاه بالحمالة كتجويز امتناعه منها، فالغرر حاصل في ذلك. والسلعة الغائبة إذا / اشترط ارتهانها، فلا يترقّب فيها سوى طريان ما يتلفها. والأصل استصحاب ما كانت عليه من الوجود، والخروج عنه نادر. فلم يكن في ذلك من الغرر ما صوّرناه في الحميل البعيد الغيبة. لأنّ الحميل وقف البيع على خياره، فلم يجز في أمد الوقف ما لا يجوز في بيع الخيار. ولهذا نقول إنّ المبيع، على شرط أخذ حميل معيّن قريب المكان، إذا هلك، كان ضمانه من البائع. كما نقول في ضمان ما بيع على خيار نطق المتبايعان باشتراطه حين العقد أو لا. ولهذا أيضاً قال بعض الأشياخ إنّ الّذي ذكر في **المدوّنة** في حكم هذا الحميل يقتضي جواز بيع عقد على خيار مرتّب على خيار آخر سبقه. ألا ترى أنّ الحميل ها هنا بالخيار بين التزام الحمالة أو ردّها. فإن / ردّها خيّر البائع بين إمضاء البيع أو ردّه، على حسب ما ذكرناه. فكذا ينبغي إذا عقد بيع على خيار رجل معيّن، فإن لم يختر انتقل الخيار إلى رجل آخر. ولهذا أيضاً نبّه بعض الأشياخ على قوله في **المدوّنة** في هذه المسئلة: إذا باع بيعاً أو أقرض قرضاً على حميل معيّن، فقال: قد جمع ها هنا ما بين القرض والبيع، وهذا يتضمّن جواز القرض بشرط الخيار. وإنّما ذكرنا هذا تأكيداً لما أشرنا إليه من كون هذه السلعة جارية على أحكام عقد البيع على خيار.

وإذا عقد العقد على حميل معين أو رهن معيّن، فإنّ المعروف من المذهب أنّ الحميل إذا مات قبل أن يقبَل، والرّهن إذا هلك قبل أن يُقبَض، وقد عقد الأمر فيهما على ما يجوز، فإنّ البائع بالخيار بين إمضاء البيع أو ردّه، كما لو اطّلع على عيب في الثّمن.

ورأى أشهب أن لا خيار للبائع كما لو هلك الرّهن المعيّن بعد أن قبض، أو مات الحميل المعيّن بعد أن قبل. وأشار إلى أنّ ذلك إذا كان حاضراً أو قريب الغيبة كالمقبوض.

وهذا لا وجه له، لأن التّمكين من الرّهن والتزام الحمالة إذا لم يمكن ولا مضى زمن إمكان ذلك فيه، لم يَصحّ أن يقدّر كالمقبوض. ولو قدّر كالمقبوض لوجب على مشتري سلعة غائبة بمكان قريب أن ينقد، وإن كان التّسليم لا يمكن لأجل أنّ القرب يعدّ كالقبض، والمشتري إذا قبض وجب عليه نقد الثّمن. وهذا التّقدير لا يصحّ لكونه خارجاً عن الأصول.

وإذا قلنا بالطّريقة المعروفة من كون البائع لا يلزمه البيع إذا هلك الرّهن قبل القبض وقبل أن يمكّن منه، بل له الخيار في إمضاء البيع أو ردّه، فأراد المشتري أن يرفع خياره بأن يأتي برهن عوض الرّهن المعيّن الّذي تلف، أو بحميل عوض الحميل المعيّن الّذي مات، فإنّ في هذا قولين:

أحدهما أنّ هذا لا يرفع خيار البائع لفقده ما عيّنه/ باشتراطه، فلم يلزم عيناً أخرى، كما لا يلزم من اشترى سلعة معيّنة أن يأخذ عنها مثلها. وكأنّ من ذهب إلى التّفرقة بين البيع والرّهن في هذا يرى أنّ الغرض من الرّهن والحميل التوثّق. فإذا عوّض عن شيء من هذا مثله وما يسدّ مسدّه، لم يكن لتخيير البائع معنى. لكن لو اختلف العرْض في الرّهنين بأن يكون أحدهما عبداً فمات، فإنّه لا يلزم البائع أن يقبل عوضاً منه ثوباً لكونه يضمن الثّوب المرتهن ولا يضمن العبد المرتهن، وله غرض صحيح في إسقاط الضّمان عنه. ولو كان الأمر بالعكس فكان الرّهن ثوباً فهلك قبل قبضه فأراد أن يعوّضه عنه عبداً، لأمكن

أيضاً أن يكون له غرض صحيح في الإمتناع من هذا لما يتكلّفه من حراسة العبد وما يتخوّف من أذاه. فإذا اتّضح ألاّ غرض يفرّق بين الرّهنين، لم يكن للخلاف الّذي ذكرناه وجه سوى ما تقدّم ذكرنا له فيما سلف من اشتراط ما لا يفيد في البياعات، هل من حقّ من اشترطه أن يقضى له به أم لا؟

وإذا وقع الرّهن على وجه جائز، ووجب إيقاف المبيع لغيبة الرّهن، وحدث بالمبيع عيب، فأراد مشتريه أن يقبله بعيبه لئلاّ يكون خسر الثّمن والمثمون، ومنعه البائع من ذلك، واتّهمه أنّ رضاه بالمبيع لأجل نفي الخسارة عنه، لجرى ذلك على القولين في الثّمن الموقف لأجْلِ أنّ المثمون غائب، ممّن يكون ضياعه؟ على حسب ما سنذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأمّا إذا كان الرّهن أو الحميل غير معيّنين، فإنّ المشتري يجبر على إحضار رهن يكون توثِقة بالحق، أو حميل كذلك. فإن امتنع فتنازع فيه المتأخّرون، فقال بعضهم: يحبس في الحميل، لإمكان أن يكون يعلم من يتحمّل به إذا سأله في ذلك، فلا يسأله، ونحن لا نعلمه. وأمّا الرّهن/ فإنّه لا يحبس فيه لإمكان أن يُكشَف عن صحّته[1] ما ادّعاه باختبار كسبه والإطّلاع على ما عنده

ومنهم من استنكر هذه التّفرقة وتعلّق بما وقع في **المدوّنة** من قوله: إنّ الرّهن كالحميل.

ومنهم من صرف ذلك إلى الإجتهاد. فإن كان الظّاهر أنّه لَدَّ في ذلك حبس. وإن كان الظّاهر عجزه، كما ذكرنا، لم يسجن، واستُظْهِر عليه باليمين.

وقد أشرنا إلى أنّ الرّهن إذا هلك بعدَ القبض، لم يلزم الرّاهن خَلَفه لكون الرّاهن قد وفّى بما عليه من دفع التّوثقة، فلا مطالبة عليه بضمان ما وفّى به.

وأمّا إذا كان الرّهن غير معيّن، فإنّه إن دفع رهناً وهلك بعد القبض، فإنّه قد تنازع/ في ذلك المتأخّرون: هل يصير كالمعيّن بهذا التّسليم والقبض فلا يلزم خلفه؟ أو يلزم خلفه كما يلزم خلف دابّة سلّمت في كراء مضمون؟ وتعيّنها

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: صحة.

بالقبض لا يسقط مقتضى أصل العقد من ضمان إيصال المكتري إلى غاية المسافة.

وإذا تقرّر حكم الحمالة في البيع، ووضح إجراؤها على حكم بيع الخيار، فإنّه لا يجوز في النّكاح اشتراط حمالة رجل بعينه بالصّداق، لكون هذا يصير عقد النّكاح عقداً على خيار، والنّكاح لا يجوز أن يشترط فيه الخيار. وقد ذكر أيضاً في كتاب البيوع الفاسدة مسئلة كنّا قدّمنا الكلام عليها، وهي إذا باع سلعة/ على أنّ المشتري إن لم يأت بالثّمن إلى أجل سمّاه فلا بيع بينهما، فإنّ هذا البيع لم يجزه في **المدوّنة**، وعلّل بأنّ فيه عذراً، ولكنّه مع هذا أمضاه إذا وقع، وأبطل الشّرط خاصّة. وقد وقع في تحديد الأجل اختلاف، فذكر في بعض الرّوايات أنّ البيع أجّل فيه الثّمن ثلاثة أيّام، وفي بعضها: أجّل عشرة أيّام، ووقع في **الموّازيّة** أجل شهر. وأجاز هذا الشّرط في الدّيار، وكرهه في الحيوان، وقال في العروض: الشّرط باطل. وقد وقع **لمالك** أنّ هذا البيع فاسد لفساد شرطه. وذكر **ابن وهب** أنّه كبيع الخيار إن ضرب في ذلك أمد يجوز ضربه في بيع الخيار مضى البيع على ما هو عليه. لأنّ معنى هذه العبارة وهو قول البائع للمشتري: إن لم تأت بالثّمن إلى أجل كذا فلا بيع بيننا، كمعنى قوله: أبيعك بالخيار إلى أجل كذا وكذا. وقد اختلف أيضاً في تأويل ما وقع في **المدوّنة** من قوله: البيع نافذ والشرط باطل. هل مراده ببطلان الشّرط في حلّ البيع عند انقضاء الأجل، وفي إبطال التأجيل بالثّمن، فيُكلَّف المشتري دفع الثّمن في الحال؟ أو المراد بطلان ما لا يجوز، وهو حَلّ العقد بمضيّ زمن محدود دون إبطال تأجيل الثّمن، لكون تأجيل الثّمن سائغاً في نفسه لو تجرّد ذكره خاصّة في بيع البتات؟ وقد وقع في كتاب كراء الرّواحل والدّوابّ أنّ الشّرط باطل وينقد الثّمن. وظاهر هذا بطلان التّأجيل للثمن. وبعضهم يقول: يحتمل أن يريد انتقاد الثّمن إذا حلّ الأجل، ويرى أنّ هذا هو الأولى من إبطال حكم التّأجيل. وطريقة بعض أشياخي اعتبار القصد في مثل هذا، هل التّأجيل للثّمن ها هنا مقصود عند المشتري فيوفّى له به؟ أو المقصود بذكر الأجل جعله علَما على حلّ البيع لا على ميقات/ الثّمن فيكون الثّمن على الحلول؟.

وممّا يلحق ببياعات الشّروط من باع أمة لها ولد حرّ رضيع، وشرط البائع على مشتريها رضاع الولد. فإنّه قد أجاز في **المدوّنة** هذا البيع إذا وقع بشرط أنّ الولد إذا مات، كان على المشتري رضاع غيره. ولم يجز ذلك **سحنون** إلاّ أن تدعو إلى الوقوع فيه ضرورة، كوجوب بيع الأمة على سيّدها إذا فلس، فإنّ حكم الفلس يقتضي ألاّ يمطل الغرماء بحقوقهم، وفي مطلهم بهذا ضرر عليهم، قد خصّ في هذا لأجل الضّرورة إليه الّتي اقتضاها حكم الفلس.

واعلم أنّا كنّا قدّمنا أنّ البيع بشرط/ التّحجير ممنوع. وذكرنا في أمثلة ذلك من باع بشرط أن لا يبيع المشتري ولا يهب. وهذه المسئلة الّتي شرط فيها الرّضاع تضمّنت ضرباً من التّحجير، وهو أنّ مشتريها لا يمكنه التّصرّف بالبيع المطلق فيها، والسفر بها منفردة دون ولدها، لأجل ما شرط عليه من الرّضاع، ولحقّ الولد في المنع من التّفرقة فيه بينه وبين أمّه، والمشتري إن نقله معها، تكلّف في ذلك مشقّة وخسارة. فهذا المعنى من التّحجير يوجب منع البيع، ولهذا منع منه **سحنون**. لكن إذا دعت إليه ضرورة، كما قدّمناه، قدّم اعتبار الضّرورة على **اعتبار هذا التّحجير**، مع كون المشتري قادراً على أن يبيع هذه الأمة، واشترط[1] / على مشتريها مثل ما اشتُرِط عليه، فلم يتصوّر التّحجير في البيع تحجيراً مطلقاً.

وكأنّ من ذهب إلى الجواز رأى أن لا تحجير في هذا يوجب المنع من البيع، لكون البائع للأمة لمّا أعتق ولدها الصغير، كان عليه القيام بأوده حتّى يبلغ القدرة على السعي على نفسه. فإذا أراد بيع الأمّ، أضاف إلى ثمنها أن يقوم المشتري عنه بمثل/ ما وجب عليه. وهكذا المشتري إذا أراد أن يبيع من آخر، اشترط أيضاً ما اشترط عليه. واشتراط هذا الّذي وجب على البائع من القيام بالأود والرّضاع قد يقع محالاً على الذّمّة، بأن يشترط البائع على المشتري رضاع أمة غير معيّنة لولد غير معيّن، فيجوز ذلك، ويجري مجرى السلم. أو

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: يشترط.

يشترط التّعيين في المرضعة والرّضيع، بأن يَرضَع في هذه الأمة بعينها ولدها هذا بعينه. أو يكون معيّناً هذا الأمر في أحد الشّخصين، ومضموناً في الآخر. فإنْ عيّن هذا الشّرط في الأمّ وفي الولد إذا مات، على أنّ الحكم في الظئر المستأجرة أن تنفسخ الإجارة بموت الولد، ولا يلزم الخلف، ولا يُشترَط، لكنّه ها هنا لمّا رأى أنّ تعليق هذا الأمر بعتق هذا الولد يقتضي غرراً في ثمن هذا المبيع، والغرر في الثمن يفسد البيع. وتصوير هذا الغرر أنّ الولد قد صار رضاعه جزءاً من ثمن/ هذه الأمة، وهذا الجزء لا يحصل[1] مقداره لجواز أن يموت الولد في أوّل زمن الرّضاع، فيقلّ الثّمن، أو في آخره فيكثر الثّمن. فاعتبار إصلاح فساد هذا البيع ودفع الغرر عنه أولى من اعتبار إجْرَاء هذا ها هنا على أحكام الظئر من كون الإجارة تنفسخ بموت الولد، مع كون الأصل أنّ المستأجَر عليه لا يتعيّن، وإنّما عيّن في الظئر وما في معناها لعلل نذكرها في كتاب الجعل والإجارات إن شاء الله تعالى. وهذا الّذي نبّهنا عليه يعرف منه وجه الحكم في اشتراط تعيّن أحدهما.

فأمّا اشتراط تعيين الأمّ فإنّه الأصل في أحكام الإجارة، لأن المستأجر يتعيّن، ولا يجوز اشتراط خلفه مع كون العقد على معيّن.

وأمّا تعيين الولد فقد ذكرنا أنّ الأصل فيه أنّه لا يتعيّن وإنّما عيّن في الظئر لما سنذكره من العلل في موضعه، وأنّ تعيينه في بيع هذه الأمة يتضمّن غرراً في ثمنها، والغرر في الثّمن ممنوع.

وهذا الّذي ذكرناه وصوّرناه من الغرر إنّما يتصوّر إذا وقع الشّرط على تعيين الولد، وعلى أنّه إن مات لم يخلف ولد آخر مكانه، ولا تجب المحاسبة ومرجع ما سقط من الرّضاع في الثّمن. وأمّا إذا بُني الأمر على أنّه إن مات الولد، وجبت المحاسبة بمقدار ما سقط من الرّضاع، فإنّه لا يُمنَع ذلك لارتفاع ما صوّرناه من الغرر. وقد اتّفق أهل المذهب على جواز استئجار ظئر للرّضاع

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: يُحصَر.

بشرط النّقد، وإن كان يمكن موتها قبل إكمال الرّضاع، فيجب ردّ بعض ما انتقدت، وإذا وجب صار ذلك تارة بيعاً وتارة سلفاً. لكن لمّا كان الموت أمراً ليس هو الغالب، بل هو كالنّادر لم يتصوّر فيه هذا الوجه الممنوع من / تخوّف ما انتقد. فكذلك لا يتصوّر الغرر ها هنا في مسئلة بيع الأمة المرضعة، الّتي ذكرناها، لأجل إمكان موت الطّفل. وإنّما يتصوّر إذا لم تجب المحاسبة بما بقي من الرّضاع ولا وجب الخلف. وقد عارض **سحنون** ما وقع في **المدوّنة** من اشتراطه في صحّة هذا البيع اشتراط/ خلف الولد إن مات. وقال: هو لا يجيز اشتراط الخلف في استئجار الظئر إذا مات الولد، فكيف أجازه ها هنا؟ وأشار إلى أنّه أخرج هذا عمّا أصّل في الظئر لأجل الضّرورة المختصّة بهذه المسئلة.

وقد أشار بعض الأشياخ إلى طريقة أخرى في الفرق. وذلك أنّ الغرر تبعاً لم يكن مقصوداً، فعفي عنه. وإذا كان منفرداً، صار مقصوداً فلم يسامح به. ألا ترى أنّ من اشترى لبن شاة شهراً جزافاً، فإنّه لا يجوز ذلك لما فيه من الغرر بقلّة اللّبن وكثرته. ولو اكترى ناقة ليحمل عليها شهراً واشترط لبنها، جاز ذلك لمّا كان اللّبن تبعاً لما اشترى الحَمْل عليها. وكذلك من اكترى داراً، وبها شجرة لم تزه ثمرتها، والثّمرة دون الثلث، فإنّ ذلك جائز. بخلاف اشتراء ثمرة هذه الشّجرة، انفرادها غير تابع للكراء، وكذلك شراء نخل فيها ثمرة لم تزه، لم يمنع منه. ولو أفرد الثّمرة بالشّراء بشرط التّبقية لمنع منه

وكذلك بيع جبّة، وقطنها مغيب، لا يمنع منه. وبيع قطنها خاصّة، وهو مغيب، لا يجوز.

فكذلك ما ذكرنا في مسئلة هذه الأمة رضاع الولد تبع للعقد عليها، فلم يمنع منه بخلاف العقد على لبن ظئر يرضع ولداً.

وأشار الشّيخ **أبو إسحاق** إلى حمل المسئلة على أنّ المراد بها أنّ الرّضاع غير مختصّ بعين الأمة ولا بعين الولد، بل هما مضمونان جميعاً، فلهذا أجاز ذلك. كما يجوز في الظّئر كون اللّبن مضموناً والرّضيع غير معيّن. واعتلّ لمنع

التّعيين ها هنا بأنّه يتضمّن التّحجير لكون مشتريها لا يقدر على التّصرّف المطلق فيها قبل انقضاء الرّضاع.

وأشار ابن **أبي زمنين**، حاكياً عن **سحنون**، إلى أنّ الغرر الّذي اقتضى عند **سحنون** منع بيع هذه الأمة على شرط رضاع الولد، إلى أنّ المشتري إن احتاج إلى الرّحلة بأمة اضطرّ إلى الرّحلة بولدها، لما جاء الشّرع به من منع التّفرقة بين الأمّ وولدها، وهو يتكلّف في الرّحلة مشقّة وإنفاقاً، وذلك غير معلوم، فوجب لأجل ذلك المنع.

وأشار بعض الأشياخ إلى أنّ هذا لو وقع في ولد البائع لا في ولد هذه الأمة، لفسد البيع، لما يتصوّرها هنا من التّحجير، لكون مشتري الأمة لا يمكنه أن يرحل بهما لما فيها من الشّرط، فصار عقد البيع فيها على تحجير. وأمّا ولدها فإنّه لا حقّ لأحد في أن يمنع من سفره، وهو يتبع أمّه حيثما كانت، ويمكّنها المشتري من ذلك ويعينها عليه. فلا يتصوّر التّحجير في هذا كما يتصوّر التّحجير في اشتراط رضاع ولد أجنبيّ منها. وقد ذكرنا عن **سحنون** أنّه إنّما يجيز هذا البيع إذا دعت إليه ضرورة، كبيع القاضي لهذه الأمة في تفليس سيّدها.

وممّا ينبغي أن ينظر فيه ها هنا أنّه قد تقرّر أنّ المفلّس إذا بيع ما يملك في التّفليس، لم يلزم أن يترك له نفقة نفسه وبنيه الصّغار المدّة الكثيرة. وهذه الأمة إذا بيعت في التّفليس بشرط القيام عن البائع بما وجب عليه من رضاع هذا الولد ونفقته، صار ذلك مضرّا بالغرماء ومتلفاً عليهم بعض ما استحقّوه من ماله/ . لكن الأظهر عندي ها هنا أن لا يجري هذا مجرى الإنفاق على ولده، فإنّ هذه جناية جناها قبل أن يستدين على هذا الصغير بإعتاقه قبل أن يحصل على القدرة على التكسّب، فلزمه عوض هذه الجناية. والمديان إذا ثبت عليه أرش جناية قبل أن يستدين ويفلس، لم يكن/ لغرمائه مقال في إسقاط حقّ المجني عليه في مال هذا المفلس، فهذا ممّا ينظر فيه.

فصـــل

يلحق بما كنّا قدّمناه من بيع الغرر

فمنه جمع السلعتين لرجلين، والمذهب في ذلك على قولين: منع منه **ابن القاسم** في/ القول المشهور عنه، وروي عنه إجازته. وأجازه **أشهب**. وقد حاول الشّيخ **أبو إسحاق** يخرّج[1] له قولاً آخر بالمنع من هذا. فقال حكي عن **أشهب** في **العتبيّة** أنّ رجلين إذا اشتريا من رجل واحد ثوباً وعبداً بدنانير معلومة، على أن يكون الثّوب لواحد منهما بعينه والعبد للرّجل الآخر، فإنّ ذلك إن نزل مضى وكان العبد والثّوب شركة بينهما. ومقتضى مذهب **أشهب** إمضاء هذا الّذي عيّنّاه في السلعتين، لأنّ قصارى ما فيه أنّهما تعاقدا على أن يأخذ أحدهما الثّوب بما ينوبه من الثّمن المسمّى، ويأخذ الآخر العبد بما ينوبه من الثّمن، وهو لا يَعُدّ العقدَ بما ينوب السلعة في هذا غرراً، فهكذا يجب أن يمضي ها هنا ما تعاقدا عليه. وهذا الّذي قاله قد لا يناقَض به أشهب، لأنّه يمكن أن يكون لم يتعرّض لعقد البيع، وإنّما تعرّض لحكم الشّركة، فرأى أنّ مقتضى أن يكونا شريكين في العبد والثّوب، على حسب ما عقدا عليه الشّركة في كون ما سمّيا من المال ثمناً للسلعتين جميعاً، فإذا خرجا عن مقتضى العقد التزما الانفصال في هذا المشترك، والمعاوضة فيه قبل أن يملكاه ويصيرا شريكين فيه، بطل ما تعاقدا عليه ممّا خالف مقتضى العقد، ولم يلزم التّفاصل في المشترك قبل حصوله في الملك.

فإذا أمكن أن يكون سلك هذه الطّريقة، فلا يلزمه أن يقول بمنع جميع[2] مالكين سلعتيهما في البيع.

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: أن يخرّج.

(2) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: جَمْع.

واعلم أنّ هذا الخلاف الّذي حكيناه عن المذهب ربّما انصرف إلى اختلاف أحوال. فإنّه قد تقرّر أنّ العقد بثمن معلوم جائز، كما أنّ العقد بثمن مجهول ممنوع. فإذا كان المالكان لهاتين السلعتين المختلفتين قد علم كلّ واحد منهما قيمة سلعته من قيمة سلعة صاحبه، وعلم ذلك المشتري، فإنّ الثّمن المدفوع عن السلعتين مقسوم على نسبة هذه القيم بعضها عن بعض. وإذا كان الأمر هكذا، صار الثّمن معلوماً، وكأنّهما اشتركا في السلعتين قبل أن يبيعاها. ولو اشتركا فيها قبل البيع لجاز ذلك، فكذلك يجب أن يجوز ما هو في حكم الإشتراك.

وأمّا إذا لم يعلم كلّ واحد منهما قيمة سلعته من قيمة سلعة صاحبه، فإنّه يتصوّر ها هنا الجهالة في الثّمن من جهة من باع ومن اشترى.

فأمّا تصوّرها من جهة المشتري، فإنّه متى وقع استحقاق في أحد[1] السلعتين، **لم يدر المقدار الّذي يرجع به** على من باعها منه إلاّ بعد استئناف تقويم، فتقرّرت/ من هذه الجهة جهالة من جهته.

وأمّا من جهة البائعين السلعتين، فإنّ كلّ واحد منهما لا يدري ما يحصل له من الثّمن الّذي سمّياه، فيصير هذا كبيع بثمن مجهول وذلك لا يجوز.

وأمّا أصحاب المذهب الثّاني فإنّهم يرون الإستحقاق طارٍ، والطّواري لا تراعى مراعاة/ تفسد العقود. ألا ترى كلّ من باع سلعة يجوّز البائع والمشتري أن تستحقّ هذه السلعة، فيجب ردّ النّقد وهذا التّجويز لم يمنع من صحّة البيع باتفاق، فكذلك ها هنا. وأيضاً فإنّ المالك الواحد يجوز أن يستحقّ إحدى سلعتين مختلفتين باعهما، فيؤدّي الإستحقاق إلى جهالة أيضاً، كما صوّرنا في السلعتين لمالكين، ثمّ لم يمنع المالك الواحد من جمع سلعتين لأجل هذا، فكذلك المالكان.

وأمّا ما صوّرناه من الجهالة من جانب كلّ واحد من البائعين من كونه لا

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب: إحدى.

يعلم مقدار ما باع به، فإنّ له طريقاً إلى العلم بذلك إذا احتاج إليه وهو تقويم سلعته عند الحاجة إلى قسمة الثمن وقد كان الثّمن معلوماً جملته/ حين العقد، فلا يؤثّر ما يطرأ على هذا بعد صحّة العقد من جهالة.

وقد أجيز في أحد القولين لمن اشترى سلعاً من مالك واحد، فاستحقّ أكثرها أن يتمسك بما بقي بحصّته من الثّمن، وإن كانت حصّته لا تعلم إلاّ بعد تقويم، ولم يمنع من الإستمساك لكون ثمن ما استمسك به مجهولاً لمّا كان أصله معلوماً.

وكذلك أجيز لمن اشترى سلعة فاطّلع على عيب قديم، وقد حدث عنده عيب، أن يختار التمسّك بالسلعة وأخذ قيمة العيب، مع كونه لمّا اختار التمسك، يتمسّك بثمن مجهول.

وبعض الأشياخ يرى هذه المسائل جارية على أسلوب واحد وربّما تفاوتت عندي في الجهالة، لأنّ ما ذكرناه في مسئلة الرّدّ بالعيب لا ينفكّ المشتري عن جهالة له، إن استمسك أو ردّ قيمة العيب، إلاّ أن يمنع من ذلك حتّى يعلم حقيقة ما استمسك به وحقيقة ما يرد.

ومسئلة الإستحقاق لمّا خيّر بين الرّدّ وبين القبول فاختار القبول، فإنّه يمكن أن يقدّر أنّ الّذي اختار هو الحكم اللاّزم بناء على إحدى الطّريقتين فيمن خيّر بين شيئين فاختار أحدَهما، فإنّه لا يقدّر كالمالك لِمَا لم يختر، ولا كالمنتقل عنه، وكأنّه ما ملك إلاّ ما اختار. والجامعان بين سلعتين ومشتريهما قد وقعوا في جهالة في ابتداء العقد. وهذه الجهالة تتصوّر إذا علم البائعان والمشتري منهما كون البيع انعقد على أنّ البائعين ليسا بمشتركين. وأمّا لو اعتقد المشتري أنّ السلعتين لأحدهما، يجري ذلك على الإختلاف في علم أحد المتبايعين بالفساد.

ولو باع المالكان هاتين السلعتين في عقد واحد واشترط مشتريهما أنّ أحدهما حميل لصاحبه، فإنّ ذلك يفسد البيع، لإمكان أن يكون يستحقّ سلعة

المضمون عنه دون سلعة الضّامن، والمضمون عنه فقير. فكأنّ البيع وقع على أن زَيْدَ المَلِيّ في ثمن سلعته ليضمن ما دفع إلى الفقير من الثّمن. وقد عُلِم أنّ الضّمان بجعل لا يجوز لما فيه من الغرر، وكون الحميل لو علم أنّه يغرم من جملة الثّمن ما أخذ النّزرَ اليسيرَ عوض هذا الضّمان. ولو علم المضمون له أنّه لا يحتاج إلى/ الحميل لم يعطه شيئاً. فإن كان التّصريح بعوض يؤخذ عن الضّمان ممنوعاً كان ما يقدّر فيه هذا ويتّهم النّاس عليه/ ممنوعاً أيضاً.

لكن لو كان السلعتان مشتركتين أو السلعة الواحدة، فعقدا البيع على أنّ أحدهما ضامن عن صاحبه، فإنّ المذهب في هذا على قولين: أحدهما: المنع لما صوّرناه من تقدير الضّمان بجعل. والقول الآخر: الجواز لكون الثّمن إن تُزُيِّد فيه شيء، فإنّ الزّيادة بين الشّريكين نصفان: الضّامن والمضمون عنه. وإذا وقع استحقاق، فالدّرك عليهما جميعاً أيضاً، بخلاف سلعتين متباينتين لرجلين. وسنبسط هذا في كتاب الحمالة إن شاء الله تعالى.

فصـــل آخر

ذكر في هذا الكتاب في **المدوّنة** في بعض أحكام الصُّبر. وقد كنّا نحن قدّمنا الكلام على أصول من أحكامها في كتاب السلم. فاعلم أنّ بيع الصّبرة يكون على أنحاء، منها:

أن تباع الصبرة المرئيّة المشاهدة بجملتها على غير الكيل. وقد تقدّم الكلام على ذلك، وذكرنا جوازه، لأجل أنّ الغرر في القمح وأمثاله ممّا في معناه من مكيل أو موزون للعلم بالمبلغ لا عين آحاده، والعلم بمبلغه ممّا يتعذّر الوقوف على حقيقته، لكنّه لمّا تقدّر ذلك عدل فيه إلى الظّنّ.

ومنها أن تباع الصبرة على أنّ كلّ قفيز بدرهم، فهذا أيضاً يجوز، وإن كان الوقوف على منتهى الثّمن لا يعلم، لكنّ العلم به مستند إلى تجميل هذا التّفصيل من الأقفزة فيعلم من ذلك مبلغ الثّمن

ومنها أن يباع جزء من الصّبرة، كربعها أو ثلثها، فيجوز ذلك، لأنّ جزءها إذا سمّي / يشبه منها حدس على مبلغه كما يحدس على مبلغ جميعها[1].

ومنها أن يقول: أبيعك من هذه الصبرة كلّ قفيز بدرهم. فإنّ هذا قد منع من أصحاب **الشّافعي**، ورأى أن «مِن» ها هنا يقتضي التّبعيض، فكأن المراد: أبيعك بعض هذه الصبرة على أنّ كلّ قفيز من هذا البعض بدرهم، و البعض غير معلوم مقداره، لا يقيناً ولا تخميناً، فوجب المنع، كما نمنع نحن كراء الدّار مشاهرة لكون المبلغ غير معلوم وهذا الّذي قالوه في الصّبرة صحيح إن كان مراد المتعاقدين بلفظة «مِنْ» ها هنا التّبعيض. وأمّا إن كان المراد بها بيان الجنس،

---

(1) معنى ذلك: يشبه حدسه حدس مبلغ جميعها.

والمقصد أنّي أبيعك هذه الصّبرة كلّ قفيز بدرهم، فإنّ ذلك غير ممنوع كما قدّمنا.

ومنها أن يقول أنا أبيعك هذه الصّبرة كلّ قفيز بدرهم على أنّي أزيدك قفيزا من قمح رأياه وشاهداه، فإنّ هذا اختلف فيه أصحاب **الشّافعي**. فمنهم من منع من هذا البيع لِمَا تضمّنه عنده من الجهالة من كون التّقدير أنّي أبيعك قفيزا بدرهم ومعه شيء لا يدري مبلغه، لكون القفيز المتوسط زيادته تتقسط على سائر الأقفزة المكيلة من الصّبرة. وإذا وجب تقسيطه على ذلك، فكأنّ البائع قال: أبيعك كلّ قفيز من هذه الصّبرة ومعه شيء من القفيز المشترط زيادته، ومقدار هذه الزّيادة على كلّ قفيز لا يعلم، وإذا كان المبيع/ غير معلوم لم يصحّ العقد. ومن أصحاب **الشّافعي** من أجاز ذلك/ ، ورأى أنّ الصّبرة إنّما جاز العقد عليها لكون ما فيها من الأقفزة، وإن لم يعلم مبلغه فإنّه مظنون، وإذا قام الظّنّ ها هنا مقام العلم، فلو علمت الأقفزة وعددها لتُصوِّر العلم بقدر ما يزاد على كلّ قفيز من أقفزة الصّبرة من هذا القفيز المشترط زيادته عليها.

واتّفق أصحاب **الشّافعي** على أنّه لو قال: أبيعك هذه الصّبرة كلّ قفيز بدرهم على أن أنقص منها قفيزا، أنّ ذلك جائز[1]، لكون هذا الاشتراط يؤدّي إلى جهالة.

واعلم أنّا كنّا قدمنا أنّ المذهب عندنا على قولين في جواز العقد على صبرة من قمح ومعها مكيل من الطّعام من جنسها أو من غير جنسها أو معها ثوب أو عبد. فقيل بالمنع من ذلك، لأنّ جواز بيع الصّبرة كالرّخصة، والرّخصة لا يتعدّى بها بابها. وإذا أضفنا إلى الصّبرة وهي مجهولة المقدار مقداراً معلوماً، غيّرنا الرّخصة، وربّما تعدّينا مرتبة الغرر الّذي سامح به الشّرع، لكون هذا المعلوم قد يؤثّر زيادة رغبة في الصّبرة، وقوّة فيما ضمّن فيها من المكيل، أو يحدث ضعفاً في ذلك.

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: غير جائز.

وهذه المسئلة الّتي نقلناها عن أصحاب **الشّافعي** ربّما لاحظت هذه المسئلة الّتي ذكرنا أنّ المذهب على قولين من جهة أنّ القفيز المشترط زيادته معلوم مقطوع بحصوله. والأقفزة الّتي في الصّبرة ما يعلم عددها على التّحقيق بل بالحدس والتّخمين، فصار هذا الاشتراط فيها كجزاف أُضيف إليه مكيل.

وقد يَخرُج عن هذه المسئلة الّتي ذكرناها عن المذهب، لكون الصّبرة انتقلت عن حكم الصّبر، لمّا بيعت على الكيل، وإن كان منتهى الكيل لا يعلم عدده على الحقيقة، فإنّها تكون كمعلوم أُضيف إلى معلوم، لمّا كان الوقوف على هذه الأقفزة يمكن عقيب العقد. ويجري ذلك مجرى من باع ثوباً مرابحة على أنّ لكلّ عشرة من ثمنه ديناراً، والثّمن يذكر بعد ذلك. ولعلّنا أن نبسط القول في هذا في كتاب المرابحة إن شاء الله تعالى.

وقد ذكر في هذا الكتاب من **المدوّنة** جواز بيع الصّبرة على أنّ فيها مائة قفيز، فإن لم يجد فيها العدد الّذي سمّيا، اعتبر في النّقص هل هو قليل فيلزمه الباقي من الجملة؟ أو كثير **فلا يلزمه ذلك**[1]، **أجري مجرى الطّعام** إذا استحقّ بعضه؟ وظاهر هذا/ أنّه لا يشترط في جواز هذا البيع أن يكون العدد الّذي سمّياه يتحقّق أنّه حاصل في الصّبرة.

وبعض أصحاب الشّافعي اشترط هذا في جواز البيع، فإنْ أمر المشتري البائع أن يكتال هذا العدد، وغاب عنه، وزعم أنّه اكتاله، وضاع بعد كيله، فقد مضى في كتاب السلم ما قيل في تصديقه في ذلك إذا لم تقم بيّنة على أنّه اكتال ذلك. ولو أقام البيّنة على صحّة ما يقول وأنّه اكتال العدد الّذي سمّي في أصل البيع، لسقط الضّمان عنه، لكونه ـ وكيلاً للمشتري على الكيل. لكنّه لو وجد فيما اكتاله نقصاً كثيراً بين العدد الّذي سمًى، مثل أن يجد في الصبرة عشرة أو[2]

---

(1) المدونة ج3 ص 219.

(2) هكذا في النسختين. . ولعل الصواب: مِن.

=

ثلاثين/ قفيزا حتّى يكون للمشتري الرّدّ لفقد أكثر ممّا[1] اشتراه، وقامت على ذلك بيّنة، فإنّه لا يسقط عنه الضّمان في المقدار الّذي اكتاله. بخلاف لو اكتاله المشتري وقبضه فتلف بعد قبضه، أو غصب (ذلك منه، وثيقة الصّبرة)[2]، فإنّه ها هنا يضمن المشتري ما اكتاله. وإنّما فرّق بين الأمرين وإن كان البائع وكيلاً للمشتري على ما اكتال ويد الوكيل كيد الموكّل، لأجل أنّه حمل البائع على أنّه لا يكاد يخفى عنه ما في صبرته. وإذا كان ذلك لا يخفى عنه، فهو متعدّ في كيل ما اكتال، مع علمه أنّ الصّفقة لا تلزم المشتري، فصار بتعدّيه فيما وكّل عليه ليس بوكيل للمشتري. بخلاف أن يكتاله المشتري بنفسه، فإنّ ذلك يسقط الضّمان عن البائع، لكون المشتري قبض ما قبض بحكم كيله لِمَا استحقّه، والبائع اكتال ما اكتال بحكم وكالة تعدّى فيها ما أذن له فيها الموكّل. لكن لو ظهر أنّ البائع غير متعدّ، مثل أن يكون ورث هذه الصّبرة وهي على مكان مرتفع يظنّ أنّ فيها ما عقد البيع عليه من العدد فاكتال ما هو الأقلّ من العدد، فإنّ ما اكتاله سقط ضمانه، لكونه اكتال ذلك لوكالة المشتري من غير تعدّ فيما وكّل عليه. إلى هذه الطّريقة في الفرق أشار بعض الأشياخ.

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: ما.

(2) هكذا في النسختين.

فصـــل
في مسائل ذكرت في كتاب البيوع الفاسدة من المدوّنة

فمنها حكم المعادن ومن يحكم فيها. وهي إذا لم تكن مملوكة لرجل بل من حقوق سائر المسلمين، كان النّظر فيها للإمام الّذي أقيم في الشّرع للنّظر في الحقوق العامّة لجميع النّاس/ . وإن كان المعدن ظهر في أرض مملوكة لرجل بعينه، ففيه قولان، هل يكون الحكم فيه لصاحب الأرض بناء على أنّ من ملك ظاهر الأرض، ملك باطنها. أو الحكم فيه إلى الإمام بناء على أنّ مالك ظاهر الأرض لا يملك باطنها.

والمعدن إذا قطعه الإمام لأحد من النّاس يعمل فيه، فأدرك نيلاً، فإنّه لا يباع لكون النّيل لا يعلم مقداره ولا يحاط به، وبيع هذا غرر، والغرر ممنوع في البيع. لكنّه إن مات بعد أن وصل إلى النّيل، فإنّ في كلام **ابن القاسم** في هذا احتمالاً. ورأى بعض الأشياخ أنّ القياس يقتضي كونه موروثاً.

وهذا الّذي أشار إليه صحيح إذا كان النّيل قد صار في حكم ما قبض عامل المعدن وحازه. وأمّا إذا لم يتحصّل على هذه الصّفة، فإنّ في المذهب قولين، في[1] إذا مات العامل في المعدن وقد عمل فيه ولكنّه لم يدرك النّيل، هل يكون ورثته أحقّ بها[2] في العمل حتّى يصلوا إلى النّيل، لكون العامل فيه الّذي ورثوه قد تكلّف فيما مضى من العمل مشقّة وخسارة استحقّ من أجلها إكمال العمل لئلاّ يذهب عمله باطلاً، وإذا استحقّ ذلك وُرِث عنه ما استحقّه، كما يورث

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: فيما.
(2) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: به.

عنه/ سائر أمواله وحقوقه. أو يقدّر أنّ هذا إنّما قُطع مِنه يتحصّل من نيل، ولم يملك إلا ذلك. فإذا مات قبل وجود الشّرط الّذي شرط له في التّمليك، لم يملك شيئاً فيورث عنه/ .

وذكر أيضاً في هذا الكتاب أنّ من له أرض فيها غدير أو بركة فيها سمك، فإنّه لا يمنع النّاس منه. وتأوّل بعض الأشياخ على أنّ الأرض ليست بمملوكة له، لأنّها لو كانت مملوكة له لكان له أن يمنع النّاس ما فيها، كما له أن يمنع ماء بئر احتفره في داره لنفسه، أو ماجن احتفره في دار نفسه. ولكنّه إنّما أراد أنّها أرض خراج سلّمت لرجل ليعمل فيها ويؤخذ منه الخراج والّذي فيها لم يملكه، فلم يكن له منع ما لم يملكه. وإنّما أُضيفت الأرض إليه إضافة اختصاص وولاية حيازة لا إضافة ملك.

وتأوّل غيره من الأشياخ أنّ الأرض مملوكة لهذا، ولكنّه لا يتصيّد ما فيها، ولا يمكنه بيع، لأنّ بيع ما فيها لا يجوز، لكونه لا يحاط به. فإذا لم تكن له منفعة في هذا السمك بتصيّد، ولا في ثمنه ببيع، كان منعه ممّا يفيد النّاس من غير ضرر به، ولا فائدة فيه، من الإضرار بالمسلمين من غير سبب **يقتضي ذلك**. **وقد ورد الشّرع** بالأمر للمالك أن يأذن في مثل هذا، كما ذكر في الحديث/ **أنّه «لا يحلّ لأحدكم أن يمنع أخاه أن يغرز خشبة في جداره»**[1]. وإن كان قد اختلف في مثل هذا، هل يجبر عليه من امتنع منه؟ أم لا يجبر عليه، وإنّما يندب إليه؟ وقد نُهي من له أرض أنبتت كلأ لا حاجة به إليه في رعي ولا بيع أن يمنع النّاس منه، لأنّه من الإضرار بالنّاس من غير غرض صحيح له في هذا الإضرار. فكذلك المنع من هذه الحيتان الّتي ذكرها في مسئلة هذا الكتاب.

وذكر في هذا الكتاب من **المدوّنة** أيضاً فيمن كانت له مواشي شأنها أن تعدوَ على زراع النّاس، فإنّها تباع عليه إذا لم يمنعها من إفساد الزّرع، وتُغرّب إلى أرض لا زرع فيها. وينبغي إذا بيعت لأجل هذا أن يبيّن للمشتري هذا السبب

(1) متفق عليه. ينظر: التمهيد: 10/216 ـ 235 لضبط مختلف روايات هذا الحديث.

الّذي بيعت من أجله، لئلاّ يبيعها هو من أرض بها زرع، فلا يجدي بيعها منه فائدة. ويكون هذا أيضاً عيْباً فيها دُلِّسَ عليه. وإن اشتراها وقد علم هذا العيب منها بيعت عليه كما تباع على الأوّل.

وإذا علم مالكها بإفسادها للزّرع وغيره، وقدم[1] إليه فلم يصنها ليلاً ولا نهاراً، فإنّه يضمن ما أفسدت بليل أو نهار. ويكون بإهمالها كمن تولّى إتلاف ما أفسدت بنفسه فيضمنه، وإن كثر، بخلاف جنايات عبيده، فإنّه لا يلزمه القيام عنهم بقيمة ما أتلفوه، على ما سيأتي بيانه في موضعه إن شاء الله.

وأمّا إذا كانت هذه المواشي ليس من شأنها أن تعدو في زراع النّاس فعدت على زروعهم، فإنّ مالكها يضمن ما أصابت ليلاً، لأجل أنّ على أربابها صيانتها باللّيل لكونهم يقولون حفظها[2] لأنفسهم ولئلاّ يؤذي النّاس ولا حاجة بهم حينئذ إلى تسريحها، فضمنوا ما تلف/ بسبب إهمالهم لما لزمهم أن يصونوه ويحفظوه من مواشيهم. فإذا كان إفسادها نهاراً، فإنّ بهم حاجة إلى تسريحها للرّعي، وأرباب الزّرع حينئذ أيْقاظ يمكنهم حفظ زراعهم وطرد المواشي عنها، فإن لم يفعلوا صاروا هم كالمتلفين لزروعهم. وأصل هذه الموازنة بين الضّررين. وقد اختلف حكم اللّيل والنّهار لمّا وازن بين الضّررين على حسب ما نبّهناك عنه.

وقد اختلف على قولين في قرية أراد بعض أهلها أن يتّخذ فيها حماماً أو نحلاً، وهو إذا اتّخذها، أضرّت ببعض ما تنبته النّاس فيها، هل يمنع من اتّخاذ هذه الحمام والنّحل لكونه منعه من ذلك الضّرر فيه أخفّ من الضّرر في منع الآخرين من الإنتفاع بما/ أنبتوه من شجر وغيره؟ أو يباح اتّخاذ ذلك فيها، ويؤمر الآخرون بطرد هذا الّذي يضرّ بهم عن ثمارهم لكون هذا الضّرر الّذي تكلّفوه من طرد هذا الطّير أخفّ من منع أولئك من أن يتّخذ في أملاكهم ما ينتفعون به؟

---

(1) أي: وتُقُدِّم إليه في منعها.

(2) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: يقومون بحفظها.

وقد ذكر **ابن سحنون** أنّ الحديث الوارد فيما / أفسدت المواشي من الزّراع من كون أرباب المواشي يضمنون ذلك نهاراً ولا يضمونه ليلاً[1]، ليس على عمومه، وإنّما المقصود به مدينة النبي، عليه السلام، وأمثالها ممّا لمزدرعاتها حيطان وحصائر تحصر بها، فيصير أهلها بما فعلوه من تحضير قد بذلوا الجهد في صيانة أموالهم. وأمّا ما كان مهملاً غير محضر قال: كزرع السواحل، فإنّ أرباب المواشي يضمنون ما أصابت ليلاً أو نهاراً، لكون أهلها لم يتولّوا صيانتها بالتّحضير عليها، وإنّما عوّلوا على ما أوجبه الشّرع من تحريم إفساد مال المسلم والتّسليط عليه. فإذا أتوا، أربابُ المواشي، شاهدوا الزّرع غير محضر عليه علموا أنّ مواشيهم إن سرّحوها أفسدت الزّراع، فإذا سرّحوها ولم يمنعوها من الإفساد، صاروا هم المفسدين للزّراع. والّذي قدّمناه لك من التّنبيه على المُوازنة بين الضّررين هو المعتمد عندي في هذا الباب.

وذكر في **المدوّنة** أنّ من وصّى في مرضه أن يشتري عبد ولده بثمن لم يحاب فيه، أنّ ذلك نافذ. وكذلك إذا أوصَى أن يبتاع عبداً من ولده بقيمته ولم يحابه، والمحاباة ها هنا تعتبر في القيمة، وتعتبر في عين العبد، فإنّه لا تنفذ وصيّته إذا أوصى أن يباع منه عبد من خيار عبيده ممّا يتنافس فيه الورثة ويشحّون عليه لعينه. وهذا يبسط في موضعه إن شاء الله تعالى.

ولو وصّى أن يباع عبده من ولده، جرى الولد ها هنا مجرى الأجنبيّ، لكون هذه الوصيّة لا منفعة للولد فيها، وإنّما منفعتها للعبد الموصى بعتقه. ولو قال: اشتروا عبده للعتق، لكان في ذلك اختلاف، لكون الولد يزاد على القيمة، فيصير انتفاعه وصيّة لوارث. أو يقدّر/ أنّ القصد إعتاق العبد وخروجه من ملك الولد وتنفيذ الوصيّة. ولعلّنا أن نبسط هذا في موضعه، إن شاء الله تعالى. ونشير إليه أيضاً في كتاب النّكاح إذا زوّجه ابنته في مرضه، وحمل عن الزّوج

(1) حديث الموطأ في ناقة البراء بن عازب يقتضي أن الضمان فيما أفسدته المواشي على أربابها ليلاً لا نهاراً. انظر الموطأ: الحديث 2177.

صداقها، فإنْ هذا الحمْل أيضاً فيه اشتراك بين ابنته، وهي وارثة، وبين زوجها، وهو غير وارث.

وذكر في **المدوّنة** من باع سلعة ورقم عليها ثمناً[1] أنّ **مالكاً** شدّد الكراهة فيه، واتّقى فيه وجه الخلابة. ومعنى الخلابة الّتي أشار إليها ها هنا أنّه إذا رقم على السلعة ثمناً ليس هو الثّمن الّذي اشتراها به، وباعها مساومة أو مرابحة بثمن دون ما رقم عليها، فإنّ في هذا تغريراً بالمشتري وخلابة وخداعاً، لأنّه قد يظنّ أن الّذي أرقم عليها هو الّذي اشتراها به لكنّه حطّ منه على جهة الغلط منه، ولضرورة دعته إلى ذلك. والتّدليس والتّغرير في البياعات ممنوع.

نجز كتاب البيوع الفاسدة والحمد للّه

(1) في المدنية: ثمنها.

كتاب بيع الخيار



بسم الله الرحمان الرحيم
وصلّى الله على سيّدنا محمّد وعلى آله وسلّم
كتاب بيع الخيار

قال القاضي أبو محمّد قدّس الله روحه في فصل تكلّم فيه على بيع الخيار، فقال:

وليس خيار المجلس من مقتضى العقد، ومجرّد القول المطلق كافٍ في لزومه. ويجوز شرط الخيار لمن شرطه من المتعاقدين ولهما[1]. ثمّ لمن يثبت[2] له أن يمضي أو يفسخ. ولا حدّ في مدّته إلاّ قدر ما يختبر المبيع في مثله، وذلك يختلف باختلاف أنواع المبيعات، فإنّ عين[3] مدّة تحتمل/ ذلك، جاز. وإن أطلقها[4] ضرب له[5] خيار المثل.

وإذا اختلفا في الرّد والإمضاء. فالقول قول مختار الرّدّ.

ويقوم الوارث فيه مقام الموروث[6].

ويحكم بالإمضاء في كلّ تصرّف يفعله المالك في ملكه لا يحتاج في اختيار المبيع إليه، وذلك كالوطء والإستمتاع بما دونه، والإعتاق والتّدبير

---

(1) في الغاني: أوْلهما.
(2) في الغاني وفي غ: ثبت.
(3) في الغاني وفي غ: عيّنا.
(4) في الغاني وفي غ: أطلقا.
(5) (له) ساقطة في الغاني وغ.
(6) هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب: المورّث.

والكتابة، وتزويج الأمة والعبد، وغير ذلك ممّا في معناه. وتلفه من البائع إن كان في يده أو في يد غيرهما، ومن المشتري إن كان في يده وكان ممّا يغاب عليه.

قام الإمام رحمه اللّه: يتعلّق بهذا الفصل خمسة عشر سؤالاً منها أن يقال:

1 ـ لِمَ أسقط خيار المجلس مع ورود الحديث الصحيح به؟

2 ـ وهل بيع الخيار أصل في نفسه أو رخصة خارجة عن الأصول؟

3 ـ وهل يجوز الخيار لكلّ واحد من المتبايعين أو لأحدهما؟

4 ـ وهل الخيار المشترط محدود في الشرع؟

5 ـ وهل يجوز اشتراط النّقد في بيع الخيار؟

6 ـ وهل للمشتري بالخيار أن يفسخ العقد والبائع غائب؟

7 ـ وهل يجوز عقد البيع على رجل ثالث غير المتعاقدين؟

8 ـ وما حكم وكيل وُكِّل أن يشتري على البتّ فاشترى على الخيار؟

9 ـ وما الأفعال الدّالّة على/ الإجازة أو الرّدّ؟

10 ـ وما حكم ولد الأمة المبيعة على خيار؟

11 ـ وما حكم اختلاف المتعاقدين في الخيار؟

12 ـ وما حكم الضّمان في المبيع على خيار[1]؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: اختلف النّاس في البيع بماذا، ينعقد؟ فذهب **مالك وأبو حنيفة** إلى أنّه ينعقد بمجرّد القول، وإن لم يقع بعده افتراق. وليس لأحد المتبايعين فسخ البيع بعد انعقاده بالقول ولو كانا في مجلسهما.

---

(1) سقط في النسختين الأسئلة (13) (14) (15)، وحسب ما ورد في الأجوبة عنها، يقرب صوغها كما يأتي:

13) ما حكم الضمان في السلع إذا اختلطت على المشتري وتعدد البائع؟

14) ما حكم بيع الخيار، والضمان فيه، إذا كان المبيع متعدداً؟

15) ما هي الوجوهُ التي تمنع في اشتراط التخيير في التعيين.

وذهب **الشّافعي** إلى أنّه إنّما ينعقد انعقاداً ليسَ لأحد المتعاقدين فسخه إذا افترقا بالأبدان بعد انعقاد البيع باللّفظ.

وبما قاله **الشّافعي** قال خمسة من الصحابة رضي الله عنهم: **علي وابن عبّاس وأبو برزة الأسلمي وأبو هريرة** وقال به **ابن عمر** ورواه عن النبيّ ﷺ.

وقال **مالك في الموطّأ**: حدّثني **نافع عن ابن عمر** أنّ النبيّ ﷺ قال: **(المتبايعان كلّ واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا إلاّ بيع الخيار)**[1].

ورواه غير **مالك** عن ابن **عمر** وغيره. ولكن وقع في الروايات زيادات. فوقع في بعضها: **(ما لم يفترقا من مكانهما)**، ووقع في بعضها: **(ولا يحلّ له أن يفارقه خشية أن يستقيله)**[2]، وفي بعضها **(ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر)**[3]، ووقع في بعضها **(فإذا افترقا وجب البيع)**.

وهذه الألفاظ الّتي زادها بعض الرّواة قد يتعلّق بها فوائد، فلهذا أوردناها. وينبغي أن نقدّم الأهمّ وهو النّظر فيما ندافع به هذا الحديث قبل أن نخوض في الأقيسة.

فاعلم أنّه قد ذكر[4] أكثر النّاس الخوض في هذا الحديث وتشاغلوا بالنّظر في مدافعته. ولو عددناهم وذكرنا اختلاف مراميهم لاتسع الأمر. ولكن محصول ما يشترون أنّ مدافعة هذا الحديث يكون بوجهين:

إمّا ادّعاء نسخه،

وإمّا النّظر في تأويله واحتماله.

وقد سلك أصحابنا هاتين الطّريقتين، فزعم **أشهب** أنّه منسوخ. وتابعه على هذا غيره من أصحابنا **عبد الملك وابن المعدل**، وأشار إليه **أبو الفرج** أيضاً. وذكر **أشهب** أنّ النّاسخ له قوله عليه السلام «**إذا اختلف المتبائعان**

---

(1) فتح الباري ج5 ص 232

(2) فتح الباري ج5 235 رواه أبو داود

(3) سنن البيهقي ج5 269

(4) هكذا في النسختين، والأولى حذفها.

استحلف **البائع**». فلو كان له الفسخ في المجلس، لم يكن في استحلافه إذا خولف في الثّمن فائدة. وأشار **مالك**، رضي اللّه عنه، إلى هذه الطّريقة في **الموطّأ**، فذكر حديث **المتبايعان بالخيار**. ثم عقبه بأنّه **بلغه أنّ النبيّ** ﷺ/ **قال**: «**إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع أو يترادّان**»[1]. فأشار إلى ما تعلّق به **أشهب** من هذا الحديث.

وأشار غير **أشهب** من أصحابنا ممّن ذكرنا أنّه سلك مسلكه في ادّعاء النّسخ إلى الإستدلال على حصول النّاسخ من غير تعيينه. فذكر أنّ هذا ممّا يتكرّر. ولم ينقل عن أحد/ من العلماء الماضين الّذين يُنتهَى إلى قولهم، ويحكّمون في هذا أنّه أثبت هذا الخيار ولا قضى به. ولو كان ذلك لنقل واشتهر. فلمّا لم ينقل ولم يشتهر دلّ ذلك على أنّ الحديث منسوخ. واكتفوا عن ذكر النّاسخ بكون العمل مضى بخلاف هذا الحديث. وقد يشير كلام **مالك** رضي الله عنه، إلى هذا المعنى أيضاً. وذلك أنّه قال في **الموطّأ**: **وليس لهذا عندنا حدّ ولا أمر معمول به**[2].

على أنّ أصحابنا اختلفوا على قولين في تأويل هذا الكلام:

فقال بعضهم: المراد به نفي التحديد عن الخيار المشترط في أصل العقد، والتّنبيه على مخالفة **أبي حنيفة والشّافعي** في ذهابهما إلى أنّ اشتراط الخيار من كلّ مبيع لا يجوز أن يكون أكثر من ثلاثة أيّام. بل يختلف عنده الأجل المشترط في هذا باختلاف أصناف المبيعات، على حسب ما نذكره / إن شاء الله تعالى.

ومنهم من ذهب إلى أنّ مراده بهذا أنّ خيار المجلس لم يرد فيه تحديد بوقت معلوم. قال **ابن المعدل**: لم يرد بهذا الطّعن في الحديث، وإنّما أراد به أنّه لو كان هذا أمراً معمولاً به لتشاغل النّاس بتحديد هذا المجلس وتوقيت لزوم البيع. وقال **المعامي**: قد نهى عليه السلام عن بيع الحصاة، وهي لزوم البيع إذا

(1) الموطأ: ح: 1960 ـ التمهيد: 24: 290.
(2) الموطأ: 2: 201 تحقيق عواد.

وقعت الحصاة من يده، ووقت وقوعها من يده مجهول، فكذلك يجب أن يكون خيار المجلس إذا علق انعقاد البيع فيه على أمر مجهول وقته، وينبغي أن يمنع كما منع بيع الحصاة.

ومنهم من أشار إلى الإستدلال بالعمل من طريقة أخرى. فقال **يحيى ابن أكثم**: قد أجمع المسلمون على أنّ المشتري لا يجوز له إذا اشترى شيئاً على أنّ الخيار فيه للبائع، أن يتصرّف فيه تصرّفاً يتلفه. ثمّ اتّفقوا على أنّ المشتري من الساقي ما يشربه، أو المشتري طعاماً يأكله له أن يشرب الماء ويأكل الطّعام، وإن لم يفارق من باع ذلك منه. ولو كان لبائع الماء والطّعام خيار في فسخ ذلك، لحرم على المشتري شرب هذا الماء وأكل هذا الطّعام.

وسلك غيره هذه الطّريقة معتمداً فيها على ظاهر القرآن، فقال: قال اللّه جلّ ذكره ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً . . .﴾[1] الآية. والتّجارة تحصل بعقد البيع باللّفظ وإن لم يفترق المتبايعان. وهذا الظّاهر يقتضي إباحة الأكل حينئذ. فلو كان الخيار للبائع ما أُبيح الأكل. وعلى هذا الأسلوب يجري الإستدلال بأنّه عليه السلام **نهى عن بيع الطّعام قبل أن يستوفى**[2]. فدلّ ذلك على أنّه إذا استوفي، جاز بيعه وإن لم يفترق المتبايعان. ولو كان الخيار للبائع / لم يجز للمشتري أن يبيع طعاما الخيار في فسخه.

وعلى هذه الطّريقة من الإستدلال يستدلّ بقوله عليه السلام: «**من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلاّ أن يشترطه المبتاع**»[3]. فاقتضى هذا كون المشتري يملك هذا المال بمجرّد اشتراطه وإن لم يفارق بائعه، والملك لا يحصل إلاّ بعد انبرام البيع وانعقاده.

---

(1) سورة النساء: 29.
(2) فتح الباري: 5: 246.
(3) الدارمي 2: 253 ـ أخرجه البخاري ومسلم والبيهقي: السنن الكبرى 5: 324.

وقد استدلّ أيضاً بقوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[1]/ . فلو كان لكلّ واحد من المتبايعين فسخ العقد قبل الإفتراق، لم يكن للإشهاد فائدة. وهذا نحو ما ذكرناه من الاستدلال الّذي أشار إليه **مالك وأشهب** بحديث **اختلاف المتبائعين في الثّمن**. وأنّه لو كان لكلّ واحد منهما خيار في فسخ البيع ما دام[2] بالمجلس، لم يكن لاستحلاف البائع فائدة / .

ومن النّاس من أشار إلى دفع هذا الحديث باستحالة هذا الشّرط في بعض المواضع. فقال **أبو حنيفة**: أرأيت لو كانا في سفينة؟. وقال غيره: لو وقف انعقاد البيع على الافتراق بالأبدان، لم يصحّ أن يَعْقد الإنسان بيعاً على[3] من هو في ولاية[4] لمن هو في ولاية[4]، أو يبيع شيئاً من ماله لمن هو في ولائه[4] لاستحالة أن يفارق الإنسان نفسه.

ومنهم من يشير إلى الإستدلال بقوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[5] .

هذه جملة ما يتعلّق به أصحاب هذه الطّريقة. فاعلم أنّهم إن[6] تعمّقوا في معانيهم، فإنّهم لم يُصَب شيء من مراميهم. والإنصاف يمنع من أن يكون يُترك حكمُ مسئلة من النبيّ ﷺ من كلام أورده مختصّاً بها (معلّقاً حكمها من)[7] كلام آخر قصده ببيان معان أُخر لا تدخل هذه المسئلة فيها إلاّ بحكم العَرَض أو الاتفاق أو دعوى عموم بَعُدَ ادّعاؤُه. وجميع ما أوردناه عن أصحاب هذه الطّريقة هذا شأنهم فيه. كيف يتعلّق بنهيه عليه السلام عن بيع الطّعام قبل أن يستوفى،

---

(1) سورة البقرة: 282.
(2) وفي النسختين: ما دام.
(3) هكذا في النسخة. والصواب: ممنّ.
(4) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: في ولايته.
(5) سورة المائدة: 1.
(6) هكذا في النسختين: ولعل الصواب: أنهم وإن تعمقوا.
(7) المعنى واضح، وإن كان التعبير قلقا.

والغرض بيان الشّرط الّذي يجوز معه البيع وهو الإستيفاء. والبيع يقع غالباً بعد الإستيفاء والإفتراق. فحمْله على المقصود بيانه أو الغالب اعتياده يمنع من أخذ حكم خيار المجلس منه. هذا ولو ادّعينا عمومه كيف يُعدَل عن لفظ يختّص بالمسئلة إلى لفظ يعمّها ويعمّ تغيرها، مع كون هذا مخصّصاً للعموم؟! وهكذا التعلّق باختلاف المتبايعين في الثّمن وحكم مال العبد، إلى غير ذلك ممّا ذكرناه من آي القرآن القصد بها بيان ما نزلت فيه من إباحة التّجارة على الجملة والتوثّق بالإشهاد خوفاً من التّجاحد بعد الإفتراق أو من الاختلاف في الثّمن قبل الإفتراق، إلى غير ذلك ممّا يعلم ممّا نبّهناك عليه. /

وأمثلها التعلّق بقوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾. ولكن هذا عموم في كلّ عقد. وحديث / **ابن عمر** خاص في هذا العقد مع الإفتقار إلى تسمية هذا عقداً، مع ورود الحديث بأنّ العقد إنّما يحصل بعد الإفتراق. وهكذا ما تعلّق به **أشهب** من قوله عليه السلام: «**المسلمون على شروطهم**». وهو عامّ أيضاً، إن سلّمنا كون البيع شرطاً، فيخصّ بحديث **ابن عمر**.

والاستدلال على ثبوت ناسخ مجهول بالعمل لا حقيقة له، إذا[1] لم يقل بأنّ عمل أهل المدينة حجّة بمجرّده، على حسب ما حكي عن **مالك** على ما ذُكر من تأويله في كتب أصول الفقه، لأنّ المراد بهذا عمل بعض الأمّة وعمل بعضهم ليس بحجّة. وقد كنّا حكينا عن خمسة من الصحابة، رضي الله عنهم، ذهابهم إلى خلاف ما زعم هؤلاء أنّ العمل وقع به. وتابعهم على ذلك من التّابعين **الحسن وابن المسيّب**، ومن الفقهاء **الزّهري وابن شهاب**[2] **والثّوريّ وأحمد وإسحاق**. وقد عمل بهذا الحديث راويه وهو **ابن عمر** وعمل الرّاوي بالحديث موجبَه[3] مع مشاهدته للنبيّ ﷺ، ومعرفته بسياقة قوله، وقرائن أحواله فيه، أولى أن يقتدى به من عمل غيره.

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: إذ.

(2) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: الزهري ابن شهاب.

(3) أي بموجبه.

وأمّا الإستدلال بما ذكرناه عن **يحيى بن أكتم**، إن سلم له الإجماع، فما ذلك إلاّ لكون البائع إذا تصرّف فيما باع بحضرته ولم ينكِر، صار كمن خيّر في الفسخ أو الإمضاء فاختار الإمضاء. وقد ذكرنا أنّ في بعض طرق الحديث أنّه عليه السلام قال: «**المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر**»[1] على حسب ما وقع في هذه الرّواية.

وقد **قال الشافعي**: إنّ معنى هذا أنّه إذا خيّر أحدهما صاحبه، وهو بالمجلس، بين أن يمضي البيع أو يردّه، فاختار الإمضاء، فإنّه يسقط ما كان له من خيار المجلس. وتعدّى هذه المرتبة بعض أصحابه فقال: وكذلك لو تعاقدا البيع/ على أنه لا خيار لأحدهما، وإن لم يفترقا، فإنّ ذلك يبطل خيار المجلس.

فإذا كان من مذهب القول هذا، فإنّ لهم أن يقولوا: إنّما جاز شرب الماء قبل الإفتراق، على حسب ما قدّمناه، لكون البائع كالمسقط لخياره.

ومذهبنا أنّ إسقاط الخيار يمنع من ثبوته في المجلس. ولا شكّ أنّ إسقاط الخيار بعد الإستيجاب بالقول منهما جميعاً آكد من إسقاطه في حين التّعاقد، كما زعم بعض أصحاب **الشّافعي**. لأنّه يعدّ الإستيجاب إسقاط خيار المجلس بعد وجوبه، وفي حين الإنعقاد إسقاط له قبل وجوبه، وإسقاط الشّيء بعد وجوبه لازم كإسقاط الشّفعة بعد وجوبها، وإسقاطه قبل وجوبه لا يلزم على مذهب جماعة من العلماء، كإسقاط الشّفعة قبل وجوبها/ .

وقد حاول أصحابنا أن يستنبطوا من هذه الزّيادة الّتي وقعت في بعض طرق الحديث مناقضة **الشّافعي** واستدلالاً عليه. فقالوا: إذا تعاقدا البيع بالقول، فقد تراضيا به، فإن لم ينفع هذا التّراضي ما داما في المجلس/ ، فلا ينفع التّراضي بإمضاء البيع بعد قول أحدهما لصاحبه: اختر. لأنّ كلا القولين تراض، والمجلس لم يفترقا منه.

وينفصل أصحاب **الشّافعي** عن هذا بأن إسقاط الخيار والتّراضي بذلك بعد

(1) فتح الباري 5: 231.

وجوبه، بخلاف التّراضي الأوّل الّذي لم يتقدّمه وجوب خيار، فتراضيا بإسقاطه.

وعندي أنّ لهم أن ينفصلوا عن هذا أيضاً بأنّ خيار المجلس جعل تلافياً للنّدم على ما يقع من غبن، فأثبته الشّرع توسعة على النّادم، لكونه قد يبادر الالتزام من غير رويّة. فإذا قرّر عليه الأمر وقيل له: تثبت في أمرك، وتأمّل حالك في البيع، فإن كنت مغبوناً فردّ البيع، فإنّه لا يجاوب حينئذ باختيار إمضائه إلاّ وهو على بصيرة فيه.

وأمّا من سلك مدافعة الحديث باستحالة تصوّره في بعض البياعات، كقول أبي حنيفة: أرأيت إن كانا في سفينة؟ فإنّ أصحاب الشّافعي ينفصلون عنه بأنّ السفينة إن كانت كبيرة أمكن فيها افتراقهما بالأبدان، وإن كانت لطيفة، أمكن أن يخيّر أحدهما صاحبه فيختار الإمضاء، فيلزمه ذلك. وإن لم يفترقا. وكذلك ينفصلون عن شراء الإنسان لمن في ولائه[1] ممّن هو في ولائه[1] بأنه يختار الإمضاء بعد الإستيجاب، فيرتفع الخيار، أو يفارق مكانه وينتقل عنه، فيكون ذلك كالمفارقة بالأبدان بين اثنين لمّا كان هو عقد[2] على اثنين، فجعل انتقاله عن مكانه محلّ اثنين عن مكانهما.

وأمّا من سلك طريق التّأويل، فإنّهم اختلفوا أيضاً. فالأكثر منهم على أنّ المراد ها هنا بالمتبايعين المتساومان، واستشهدوا على جريان هذه التّسمية عليهما بقوله ﷺ: «لا يبع أحدكم على بيع أخيه»[3]. والمراد أنّه لا يسُم على سومه، بعد التّراكن إلى البيع. قالوا: والمراد أيضاً بالافتراق ها هنا افتراقهما بالأقوال، بأن يقول البائع: بعتك بكذا، فيقول المشتري: قبلت. واستشهدوا أيضاً على جريان هذا اللّفظ على الإفتراق بالأقوال بقوله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب لمن هو في ولايته ممن هو في ولايته.
(2) هكذا في النسختين.
(3) تحفة الأشراف: حديث 8185.

أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ﴾[1]. والمراد افتراقهم بالأديان والمذاهب. وبقوله جلّ ذكره في الزّوجين: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾[2]. والمراد ها هنا الإفتراق بالطّلاق لا بالأبدان.

وقد أجيب عن هذا بأنّ هذا إنّما يستعمل مجازاً، وقد وقع في بعض طرق الحديث **ما لم يفترقا من مكانهما**[3]. وذكر المكان إشارة إلى الإفتراق بالأبدان.

وأجيب عن حمل الحديث على المساومة بأنّ هذا تَجَوُّزٌ في العبارة، وإنّما التّحقيق اشتقاق اسم الفاعل من فعله، إذا وجد، كقولنا: شاتم وضارب، فإنّهما إنّما يسمّيان/ بذلك إذا وجد الضّرب والشّتم، لا قبل وجود ذلك. واستشهدوا على هذا أيضاً بأن من قال لعبده: إن بعتك فامرأتي طالق، فإنّها لا تطلّق عليه بالمساومة في العبد. فلو/ كانت المساومة بيعاً لوقع الحنث.

وأجاب بعض أصحابنا عن هذا بأنّ الحنث إنّما لم يقع ها هنا لأجل أنّه علقه بفعل يقع لمّا قال إن بعتك، والمساوم لم يبع. وأشار إلى أنّه لو قال للمتساومين إن كنتما متبايعين فامرأتي طالق، لحنث في يمينه. وهو الّذي قاله في التّحنيث بقوله: إن كنتما متبايعين فيه نظر، وتفصيل حكمه ممّا قدّمناه في كتاب الأيمان والنّذور.

وسلك آخرون طريقة أخرى في التأويل فقالوا: المراد أن أحدهما أوجب البيع على نفسه بأن قال البائع: أوجبت على نفسي أن أبيعك بكذا. فإنّ المشتري يخيّر بين القبول أو الرّدّ، ما داما بالمجلس، ولو أقاما فيه اليوم واليومين. فإذا افترقا ولم يقبل المشتري، سقط ما كان له من الخيار بالافتراق بالأبدان. وقيل: الإفتراق لا يسقط خياره عند أصحاب **أبي حنيفة**. وإن كان أصحاب **الشّافعي** يسقطون خياره وإن لم يفترقا من المجلس إذا لم يقبل من البائع ما جعل له على

---

(1) سورة البينة: 4.

(2) سورة النساء: 13.

(3) لم أجد رواية بزيادة من مكانهما. مع أن ابن عبد البر قد عنى بجمع طرق حديث خيار المجلس التمهيد ج14 ص 8/25 وكذلك الزبلعي ح4 ص 2/4

الفور. وبعض أصحابنا يشير أيضاً إلى أنّ الافتراق يسقط خياره.

وقد اختلف المذهب عندنا على قولين في التّمليك، هل يثبت للمرأة بعد الافتراق من المجلس، على ما سنبيّنه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وقدح في هذا التّأويل بأنّ الحديث يقتضي كون الخيار لكلّ واحد من المتبايعين مثل ما هو لصاحبه.

وهذا التّأويل خروج عن ظاهر الحديث. لأنّ هذا المتأوّل جعل الخيار في المجلس للبائع الّذي أوجب البيع بمقتضى ما أوجبه الشّرع من خيار المجلس، وجعل للمشتري الخيار بمقتضى ما جعله البائع له. فطريق التّخيير مختلفة، والحديث يقتضي تساويها[1] وأيضاً فإنّه عليه السلام، علق هذا الخيار بتلازمهما، وجعل غاية سقوطه افتراقهما. ومقتضى هذه الغاية أن تكون بخلاف ما بعدها، ولا تكون خلاف ما بعدها إلاّ بأن يكون الافتراق يوجب البيع ويرفع الخيار منه، وما قبلها يثبت الخيار فيه. وهذا المتأوّل جعل الافتراق يوجب ارتفاعَ البيع / وكونَه غير لازم، مثلما كان قبل الإفتراق غير لازم، وهذا إبطال لمقتضى دليل الخطاب، وما هو كالغاية فيه، لا سيما وقد وقع في بعض الطرق: «**فإذا افترقا فقد وجب البيع**». وهذا كالنّصّ على فساد هذا التّأويل.

وقد اختلف في تأويل قوله ﷺ في بعض طرق هذا الحديث «**المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلاّ بيع الخيار**». ما المراد بهذا الإستثناء؟ فقال أصحاب **الشّافعي**: المراد به التّخيير في المجلس. فإذا رضي المخيّر بالإمضاء، لم يكن له الفسخ، وإن لم يفترقا، على حسب ما قدّمناه من مذاهبهم في هذا. وقال أصحابنا: إنّما المراد به البيع المشترط فيه الخيار، فإنّ الخيار يثبت فيه إلى الأمد المضروب الّذي حدّاه ولو افترقا بالأقوال أو بالأبدان. وأنكر أصحاب **الشّافعي** / هذا التّأويل بأن قالوا: الأصل في الإستثناء أن يكون ما بعد حرف الإستثناء مخالفاً لما قبله. فإن كان الّذي قبله إثباتاً، كان ما بعد حرف الإستثناء

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تساويهما.

نفياً، وإن كان ما قبله نفياً، كان ما بعده إثباتاً. والّذي كان قبل هذا الحرف المذكور في الحديث إثبات الخيار، فلا يكون ما بعد حرف الاستثناء إثباتاً للخيار أيضاً. وإنّما تصحّ حقيقة الإستثناء إذا كان المراد بقوله: إلاّ بيع الخيار، أن يقول أحدهما لصاحبه: اختر. فإنّه إذا قال له ذلك واختار الإمضاء، لزمه البيع وارتفع خياره. فيكون هذا استثناء نفي من إثبات. وأصحابنا وأصحاب أبي حنيفة يصرفون هذا الإستثناء إلى مضمر، وتقدير الكلام ما لم يفترقا، فإنّهما/ إذا افترقا لزمهما البيع إلاّ في الخيار المشترِط فيه أيّاماً، فيكون استثناء نفي من إثبات. ولكن بعض[1] إظهار ما أضمر ممّا يقتضيه هذا الكلام.

ومن المتأوّلين من تأوّل تأويلاً آخر، فقال: المراد بقوله كلّ واحد منهما بالخيار في الإقالة، لا في الفسخ من غير رضى صاحبه. بدليل ما وقع في الحديث الآخر: ولا يحلّ له أن يفارقه خشية أن يستقيله. فصرّح ها هنا في هذا الحديث بالإقالة، وكنّى عنها في الحديث الآخر. وأنكر هذا المتأوّل[2] هذا التأويل بأن الاستقالة ممكنة قبل الافتراق وبعد الافتراق، وحلال قبل الافتراق وبعد الافتراق على حدّ سواء. وإذا كان الأمر كذلك، صار التّقييد بالإفتراق لغواً لا فائدة فيه.

وأشار بعض أصحابنا إلى الانفصال عن هذا بأنّ فيه فائدة، وهي كون البيع لازماً بالقول حتّى يفتقر في حلّه إلى الإستقالة، ووقع النّهي عن/ الفرار خوفاً منها.

وأشار القاضي **أبو الفرج** من أصحابنا إلى معنى آخر، وهو أنّ الإقالة في المجلس سنّة، لكون الإفتراق لم يحصل، والمشتري لم يغب على السلعة. فتكون الإقالة في هذه الحالة سنّة، وبعد الإفتراق فضيلة. وقد تختلف مراتب المندوب إليه، فيكون بعضه سنة وبعضه فضيلة، على حسب ما تقدّم بيانه في كتاب الصّلاة.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بعد.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وأُنكِر على هذا. . .

وأصحاب **الشّافعي** يعكسون هذا التّأويل ويرون أنّ المراد بالإقالة ها هنا الفسخ، الّذي جعله له الشّرع ما دام في المجلس. والمراد بالحديث نهي أحدهما عن أن يفرّ من صاحبه مخافة أن يفسخ البيع عليه. فهؤلاء حملوا لفظ الإقالة ها هنا على الفسخ. والآخرون حملوا لفظ الفسخ على الإقالة، كما حكيناه عنهم. فيفتقر ها هنا إلى الموازنة بين هذين التأويلين، أيّهما أرجح وأظهر في مقتضى السياق وحكم اللّغة، ويصار إليه؟ وهكذا ما قدّمناه من التّأويلات الأُخر، فتفتقر إلى الموازنة فيها بحسب ما ذكرناه. فقد قال أصحاب **مالك** وأصحاب **أبي حنيفة** للشّافعيّة: أنتم أثبتم الخيار في المجلس بعد/ أن وقع التبايع وانقضى. وتسمية من كان باع: بائعاً، مجازاً[1]. كما دافعتمونا عن تأويلنا بأنّ تسمية المتساومين: متبايعين، مجازاً[1]. فقال أصحاب **الشّافعي**: تجوّزنا نحن من جهة واحدة، وتجوّزتم أنتم من جهات. وكلّما قلّ المجاز وقرب من الحقيقة، كان أولى. فهذه النكتة، التّي نبّهناك إليها ترجح هذه المذاهب والتّأويلات، وهي الّتي تحكّم في هذه المذاهب والتأويلات. وقد أشرنا إليك بما عندنا في ذلك وإلى ما ينحصر الأمر إليه فيها. وبالجملة فالنّصوص في أعيان الحوادث لا تُدَافَع بعمومات فيها احتمال. والتّأويلات الّتي يَسبق إلى النّفس خلافها ويقع فيها تعسف واستكراه لا ينبغي يعدل[2] إليها، ويترك ما هو السابق إلى الفهم من الكلام والأظهر فيه في حكم اللّغة. وقد استقصينا تتبّع ما قيل في هذا الخبر.

وأمّا مسلك القياس والنّظر، فإنّ أصحاب **الشّافعي** يرون أنّ الشّرع إنّما أباح التّجارات لما فيها من الأرباح والفوائد، وهي المقصود منها. والغبن فيها محاذر مجتنب. وكثير ما يقع من الإنسان إمضاء وعزم من غير رويّة وإمعان في الفكرة، ثمّ يثوب إليه أنّه غلط فيندم. فوسّع الشّرع هذا المضيق، بأن جعل

---

(1) هكذا في النسختين، ونصب (مجازاً) ممكن على ضرب من التأويل بعيد.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أن يعدل.

للنّادم الخيار ما دام في المجلس، وجعل غاية هذا المجلس كأوّله، وقد كان أوّله قبل انعقاده كلّ واحد منهما بالخيار، فكذلك غايته وآخره.

وأجابهم الآخرون عن هذا بأنّ هذا النّدم يمكن الإنسان أن يتحرّز منه بأن يجود رؤيته قبل أن يلتزم البيع/ . فإن لم يفعل فهو المفرّط في حال نفسه. ولا حاجة إلى تحسين الشّرع النّظر له. ويمكّن أيضاً إن بادر للعقد قبل الرّؤية[1] أن يشترط فيه الخيار. فتركه اشتراط الخيار تفريط في الحزم أتى من قِبَله، ولم تدعه ضرورة مع هذا إلى أن يحسن الشّرع النّظر له. ومن فرّط في هذا فرّط في خيار المجلس، وإن جعله الشّرع إليه.

وقد استدلّ أصحابنا وأصحاب أبي حنيفة عليهم بأنّهم لا يثبتون خيار المجلس في النّكاح وإن كان عقد معاوضة. وهم يجيبون عن هذا بما قدّمناه من أنّ القصد بإثبات خيار المجلس تلافي النّدم على الغبن. وهذا إنّما يعرض في الأموال، وأمّا النّكاح فالمراد به الأعيان، بدليل أنّ من وكّل رجلاً على إنكاحه، فإنّه لا بدّ من إعلام المرأة به. ومن وكّل رجلاً على شراء سلعة، فإنّ العقد يصحّ وإن لم يعلم البائع بالموكّل. وما ذلك إلاّ لكون الغرض في النّكاح الأعيان، وفي البياعات الأثمانَ. وإذا كان الغرض الأعيان سقط اعتبار الغبن في الأثمان. فلهذا لم يثبت في النّكاح خيار المجلس. ألا ترى أنّ الخيار المشترط يثبت في البياعات، ولا يجوز في النّكاحات. فكذلك خيار المجلس يجوز في البيع/ ولا يثبت في النّكاح.

وناقضهم أصحابنا بالكتابة لما أسقطوا فيها خيار المجلس. ثمّ هم يجيبون عن هذا بأنّ السّيد باع ماله بماله، وليس هذا حقيقة البيع. فإذا سامح بمثل هذا التّفريط، لم يظنّ به قصد النّظر في العوض والنّدم على الغبن. والمكاتب له أن يُعجز نفسه إذا ندم (أو لم يندم)[2]. فلهذا عندهم سقط خيار المجلس في الكتابة.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الرَّوِيّة.

(2) كذا في النسختين.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: اختلف في بيع الخيار، هل هو أصل من الأصول في نفسه، أو رخصة خارجة عن الأصول؟ فمن النّاس من يشير إلى أنّه أصل في نفسه مناسب للأصول، لأنّ القصد بإباحة المعاملات والتّجارة طلب الرّبح وتحصيل الفوائد. وإنّما تحصل الأرباح والفوائد مع نفي الغبن في البيع في حقّ المغبون. فإذا جعل له الخيار فيما عقده على نفسه من بيع، كان ذلك أقرب إلى تحصيل المقصود بالتّجارة من طلب الفوائد والأرباح، ونفي الغبن عن المغبون إذا ظهر له في مدّة كونه مخيّراً أنّه قد غُبِن ففسخ البيع[1]. فهذا معنى مناسب للأصل الّذي وضع في التّجارة.

ومنهم من يشير إلى أنّه كالرّخصة الخارجة عن الأصول. وذلك أنّ الغرر نُهي عنه في البياعات. وإثبات الخيار وإباحة اشتراطه في عقد البيع يُحدث في البيع غرراً.

وإلى هذه الطّريقة أشار **مالك**، رضي الله عنه، فقال، في علّة منع اشتراطه[2] أجل طويل في الخيار: لا يدري كيف تكون السلعة عند انقضاء أمد الخيار ولا كيف ترجع إليه. ومراده بهذا أنّ الأجل إذا كان طويلاً مثل أن يبيع عبداً بشرط الخيار سنة أو سنتين، فإنّه لا يدري كيف يكون العبد عند انقضاء السنتين، هل يحدث به عيوب فيردّه المشتري وقد نمى[3] في يديه؟ وكذلك إذا كان الخيار للبائع، فإنّه لا يدري المشتري، هل يمضي البائع البيع؟ وقد يقرّ[4] العبد بنقص كثير. وهذا يُصيّر حالة الإمضاء للبيع كالمعاقدة على أمر مجهول، فالجهالة بالبيع تفسد العقد.

ومن النّاس من يشير إلى أنّ بيع الخيار يخرج العقد عن مقتضاه. وذلك

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: فيفسخ، أو بفسخ.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: اشتراط.

(3) كذا في النسختين.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب يتغيّر.

أنّ مقتضى العقد التتميم وانتقال الملك من البائع إلى المشتري. والملك المطلق يقتضي جواز التصرّف المطلق. وبيع الخيار يمنع من تصرف من لا خيار له في المبيع. فإذا ثبت أنّ البائع إذا اشترط على المشتري أنّه لا يتصرّف في المبيع أبداً، أنّ هذا الشّرط يفسد البيع، فكذلك يجب أن يكون إذا اشترط عليه المنع من التصرّف مدّة محدودة. لكن الشّرع/ استثنى ما قلّ [1](من المدّة لمسيس الحاجة إليه، وكونه من مصالح العقود، وإبقاء المدّة الطّويلة على أصلها في المبيع على علّة هؤلاء، وكذلك أيضاً على)[1] طريقة **مالك**/ ، رضي الله عنه، في التّعليل. فإنّه إذا علّل بالغرر وصحّ تصوّر الغرر في المدّة الطّويلة وكثرت المخاطرة فيها، وقلّ الغرر في المدّة اللّطيفة، والغرر القليل معفوّ عنه في الشّرع. وأشار **أشهب** من أصحابنا إلى طريقة أخرى في التّحليل. **وذلك** أنّه قد تقرّر أنّ الضّمان لا يصحّ أن يؤخذ عنه عوض، مثل أن يقول إنسان لآخر: اضمن لي سلعتي هذه سنة، وأنا أعطيك كذا وكذا ديناراً. لأنّ هذا من الخطر، وربّما اقتضى أكل المال بالباطل، على ما تقدّم بيانه في مواضعه. فإذا كان هذا ممنوعاً، تُصوِّرت التّهمة في قصد المتبايعين إليه بأن يكونا أظهرا بيع الخيار وأبطنا بيع البتّ. وإذا وقع بيعهما في الباطن على البتّ، وأظهرا الخيار تحيّلا على أن يبقي الضّمان على البائع بالخيار مدّة طويلة، صار ذلك معاوضة عن ضمان مجرّد، وقد ثبت المنع من ذلك، كما أشرنا إليه. وهذه الطّراق التّي ذكرناها من اختلاف الإشارات إلى كونه مناسباً للأصول أو مخالفاً لها، وإذا كان مخالفاً لها ما سبب الرّخصة فيه، قد تتعلّق بها مسائل نحن ننبّهك عليها فيما بعد، إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: أمّا الخيار فإنّه يشترط لأحد ثلاثة أغراض.

أحدها: اختبار المبيع. كمن اشترى عبداً فأراد اختبار نشاطه في الخدمة

---

(1) ما بين القوسين ساقط من الوطنية.

وأمانته وطاعته فيما يؤمر به. أو اشترى داراً وأراد اختبار حال جيرانها إلى غير ذلك ممّا يفتقر إلى اختباره في المبيعات.

والثّاني: أن يشترط الخيار استقصاءً للنّظر والبحث عن الثّمن، هل هو غال أو رخيص؟

والثّالث: أن يشترط، مع الإستغناء عن الإختبار للثّمن والمثمون، للنّظر فيما يتعلّق بالمبيع من البواعث على إمضاء البيع أو ردّه.

وهذه الأغراض تمس الحاجة إليها. فلأجل ذلك أباح الشّرع اشتراط الخيار.

فأمّا جواز اشتراط الخيار للمشتري فلا خلاف فيه.

وأمّا جواز اشتراطه للبائع، ففقهاء الأمصار وجمهور العلماء على إجازته، لكون البائع قد تدعو الحاجة إلى أن يشترط الخيار للاختبار، هل هو غابن أو مغبون، أو ليحسن نظره في إمضاء عزيمته على البيع أو ردّه. وأمّا لاختبار المبيع، فلا حاجة به إلى ذلك.

وذهب ابن شبرمة والثّوري إلى المنع من اشتراط البائع الخيار. ورأى الثّوريّ أنّ اشتراطه الخيار يفسد البيع.

وما أرى هذين ذهبا إلى هذا المذهب إلاّ بناء على أنّ الأصل يقتضي المنع من بيع الخيار لما قدّمناه. ولكن رخّص فيه للضّرورة إليه. والضّرورة تتحقّق، في جهة المشتري، وتتّضح، لحاجته إلى اختبار المبيع، هو الأكثر في الأغراض الّتي يشترط لأجلها الخيار. والبائع لا حاجة/ به إلى اختبار المبيع إذا طال مقامه عنده. فإذا لم تكن به حاجة إلى هذا الغرض الّذي هو الأكثر، وجب منعه من ذلك، لارتفاع علّة التّرخيص في حقّه. أو يكونا رأيا أنّ الشّرع إنّما ورد بإباحة الخيار للمشتري في حديث المصرّاة، وهو قوله عليه السلام «فمن اشتراها فهو بخير النّظرين ـ ثلاثاـ»[1] الحديث، كما وقع. وسنذكره في موضعه، إن شاء الله تعالى.

---

(1) اللؤلؤ والمرجان: حديث 970 ص 370.

وكذلك ما جعله عليه السلام **لحبّان بن منقذ** لمّا قال له: «**إذا بايعت ـ فقل لا خِلابة**»[1] وذلك للخيار ـ ثلاثا ـ لكنّ هذا الحديث إن حملوه على أنّ المراد به بايعت بمعنى اشتريت، لكونهما عثرا على قصّة تشكّي الغبن فيها وهو مُشْتَرٍ، أو لغير ذلك، كان الإستدلال به مثل حديث المصراة. وإن لم يكن الأمر كذلك، فقوله: بايعت/ ، يقتضي عمومُه كونَه بائعاً أو مشترياً. ويتضمّن عمومه جواز الخيار للبائع، على ما سننبّه عليه في موضعه إن/ شاء الله تعالى.

وإذا تقرّر أنّ اشتراط الخيار إنّما سُمِحَ به لأغراض، أحدها: الحاجة إلى اختبار المبيع. فإنّ اختباره يحوج إلى تسليم المبيع للمشتري، إذ لا يمكن اختباره في غالب الأمر وهو في يد البائع. فإذا بيّن المشتري للبائع أنّ غرض في اشتراط الاختيار الاختبارَ، مكَّن من قبض المبيع، وصار ذلك كالشّرط على البائع. وإن بيّن له إنّما اشترطه ليرى رأيه في إمضاء عزيمته لا لاختبار المبيع، فإنّه لا يسلم إليه لكونه لا حاجة به، والحالة هذه، إلى قبض. ولا يلزم البائع أن يخرج ملكه من يده من غير حاجة المشتري إليه.

وينبغي إذا اختلف الحكم في تسليم السلعة إليه أن يبيّن حين العقد الغرض في اشتراط الخيار لئلاّ يتنازعا في تسليم السلعة. فإن لم يبيّن ذلك حين العقد، فإنّ بعض أشياخي رأى أنّ الحكم أن لا تسلّم السلعة للمشتري، لأنّ ظاهر اللّفظ في قوله: أَشتَرِي لي منك بالخيار، يقتضي أنّ الخيار في إمضاء العقد أو ردّه.

وهذا الّذي قالت له ثبت أنّه المتفاهم بين المتعاقدين صِير إليه. وأمّا إن لم يثبت ذلك وادّعى كلّ واحد منهما أنّ قصده خلاف قصد صاحبه، فإنّ هذا لا يصحّ أن يقضي فيه برجوع أحدهما إلى الآخر. وربّما اقتضى فسخ البيع، على ما سننبّه عليه في موضعه إن شاء الله تعالى، إذا تكلّمنا على الأصل الّذي يؤخذ منه.

---

(1) فتح الباري ج 5 ص 240 ـ 241.

فإذا وجب تسليم السلعة للاختبار، فهل يكون على المشتري إجارة الإنتفاع بها أيّام الخيار. مثل أن يكون عبداً استخبره بالاستخدام، أو داراً اختبرها بالسكنى، فإنّ ذلك ينبغي أن يكون بإجارة معلومة إذا كان المشتري انتفع بهذا الاختبار، بأن صان به ماله مثل أن يسكن الدّار الّتي أخذها ليختبرها، ولولا سكناه فيها لاكترى مسكناً. لأن هذا إذا لم يكن بإجارة، صار في أصل العقد/ تخاطراً. والمشتري إذا ردّ بعد انقضاء أمد الخيار، ذهب بمال البائع باطلاً. والبائع يقول لعلّه لا يذهب به باطلاً. وإن أمضى البيع، صار كمنتفع بمال نفسه إذا قلنا: إنّ بيع الخيار إذا أمضي، فكأنّه لم يزل ماضياً من حين العقد. وأمّا إن لم تكن له منفعة في هذا الاختبار، وَقَى بها ماله، ولا استفاد من الاختبار منفعة أكثر من اختبار المبيع، وكان البائع أيضاً ممّن لا قدر لهذا عنده، ولا يقصد فيه إلى مخاطرة، فإنّ هذا ممّا ينظر فيه، وربما كان الأظهر جوازه، لكون العقد إنّما وقع على مجرّد الدّار، ولم يقع على الدّار ومنفعتها.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال: الخيار المشترط يقع على وجهين: مطلق، ومقيّد بوقت.

فأمّا المطلق، فمثل أن يقول المشتري: أشتري منك على أنّي بالخيار. ولم يَحُدَّ ميقاتاً معلوماً. فإنّ هذا اختلف النّاس فيه. فمنهم من ذهب إلى أنّه يفسد البيع، وبه قال **أبو حنيفة والشّافعي**. لكون هذا اللّفظ متردّداً بين أن يكون قصد المشترط لهذا خيار مدّة قريبة، أو مدّة بعيدة لا يجوز اشتراطها في الخيار. واختلاف هذين الحالين يختلف معهما الحكم بالصحّة والفساد. ويختلف الثّمن معهما، لأنّ من أحبّ أن يوسّع له في أمد الخيار إذا اشترى زاد في الثّمن. فإذا اختلفت هذه الأحوال، صار البيع فاسداً لما تضمّنه من الغرر.

ومنهم من ذهب إلى أنّ البيع صحيح، ويقضى بكون الخيار على الفور لأنّه أمد متحقّق، وما زاد عليه لا يقتضيه اللّفظ نصّاً، فوجب إطّراحه. وإذا وجب إطراحه وحمل اللّفظ على الفور، لم يكن في هذا البيع غرر، ولا يتضمّن

اختلاف الأحوال الّتي ذكرنا. وقد قيل في أحد القولين عندنا في القائل لزوجته اختاري، أنّ ذلك لا يحمل على التّراخي الطّويل، ولا يثبت خيارها فيه بعد افتراقهما في/ المجلس، لكون هذا اللّفظ يقتضي الفور، لا سيما إذا قلنا: إنّ الأمر على الفور، كما ذهب إليه بعض الأصوليين. والرّواية الثّانية أنّ لها الخيار، وإن قامت من المجلس، لكون اللّفظ لا يقتضي الفور والبدار، لا سيما إذا قلنا بحمله على العموم في الأزمان. ذهب إلى هذا في بيع الخيار **الطّبري** وحمل المطلق منه على كون هذا الخيار المشترط يقتضي الفور.

ومذهب **مالك** رضي الله عنه أنّ البيع صحيح، ويضرب من أمد الخيار الّذي أطلقاه ما جرت به العادة في اختبار جنس ذلك المبيع، وتحصيل الغرض الّذي من أجله شرط الخيار. وقَدَّر أنّهما لمّا اشترطا الخيار ولم يؤقّتاه، فكأنّهما اشترطا الميقات المعلوم قدْره من جهة العادة. فصار ذلك كاشتراط ميقات محدود بالنصّ عليه.

وأمّا إن وقع الخيار/ مقيّداً بزمان محدود، فإنّ هذا أيضاً ممّا اختلف النّاس فيه. فذهب **أبو حنيفة والشّافعي** إلى منع اشتراط الزّيادة على ثلاثة أيّام، أو أقلّ منها، ممّا يَحُدَّانه. لكن إن اشترطا الزّيادة على ثلاثة أيّام، فإنّهما اختلفا في صحّة هذا البيع إذا أسقط المشتري المشترط للثّلاث خيارَه فيما زاد عليها، والثلاث لم تنقض. فرءاه **أبو حنيفة** ممّا يصحّح هذا العقد. وأجرى ذلك مجرى الشّروط الّتي يصحّ العقد إذا أسقطت كالبيع والسلف في القول المشهور عندنا. وذهب **الشّافعي** إلى أنّه لمّا عقد هذا البيع على فساد لم يرتفع الفساد بإسقاط هذا الشّرط الّذي أفسده، كأحد القولين عندنا في البيع والسلف وما في معناه، وقدّر أنّ الخيار له حصّة من الثّمن، وإسقاطه كإسقاطه بعض الثّمن، والفساد إذا وقع في الثّمن أو في المثمون لم ينصلح العقد بإسقاط الفساد. وقدّر **أبو حنيفة** أنّ هذا كالشّروط الخارجة عن الثّمن والمثمون، فإمضاء العقد إذا أسقطت. ولكنّه إنّما يمضي العقد إذا أسقطت، إذا كان الإسقاط قبل أن تذهب الثّلاث، الّتي أجاز الشّرع اشتراطها. فأمّا إن ذهبت وحصل المتعاقدان على إثبات الخيار في

وقت لا يجوز إثباته فيه، فإنّ إسقاط الشّرط لا يصحّح العقد.

وأمّا ما نذهب إليه نحن في هذه المسئلة، فإنّ القاضي **أبا محمّد عبد الوهاب** ذكر في شرح الرّسالة أنّ الشّروط الفاسدة إذا أسقطت، صحّ العقد. لكنّه استثنى هذه المسئلة، فقال: إذا اشترط في العقد خيار أيّام كثيرة، فإنّ ذلك لا يجوز، ولو أسقط الشّرط، بخلاف غير هذا من بياعات الشّروط. وقرّر أنّ إسقاط الشّرط ها هنا إمضاء البيع، وقد كان له فسخه وإمضاؤه بحكم مقتضى شرط الخيار البعيد ميقاته. وإسقاط الشّرط ها هنا لا تتحقّق صورته كما يتحقّق ذلك في إسقاط السلف المشترط، فإنّ إسقاطه نقيض اشتراطه. والمناقضة والمضادّة لا يمكن معها تخيّل كون الضّدّين شيئاً واحداً. وإسقاط ما زاد على أيّام الخيار ليصحّ العقد لا يتصوّر، بينه وبين إمضاء العقد للخيار المشترط، فرقٌ. فلهذ عنده لم يؤثّر إسقاطه في تصحيح البيع.

وهذه الطّريقة الّتي أشار إليها، وإن كانت خفيّة، فإنّها قد تلاحظ ما كنّا قدّمناه في كتاب السلم الثّاني فيمن أسلم في طعام سلماً فاسداً، ثمّ فسخ العقد وأراد المتعاقدان بعد العقد أن يتعوّضا عن رأس المال بمثل ذلك الطّعام الّذي وجب الفسخ فيه. فقد كنّا حكينا أنّ أحد القولين أنّهما لا يمكّنان من ذلك، لأنّهما يتّهمان في هذا الفعل على تتميم الفساد الّذي فسخ العقد فيه. وقيل: إنّ ذلك جائز. وإذا كان إسقاط ما زاد من أيّام الخيار على القدر/ الجائز يتضمّن إمضاء/ البيع واختيار انعقاده، فيحسن سلوك هذه الطّريقة. وأمّا إذا قال المشتري في أوّل يوم: أنا أسقط الزّائد من هذه الأيّام على ما يجوز، وأبقَى على خياري في إمضاء العقد أو ردّه. فإنّ هذا قد ظهر له تأثير خلاف مقتضى ما يتّهمان عليه من كون إسقاط الشّرط لتصحيح البيع قصدا به التزام البيع بحكم موجب الخيار المشترط. وهذا ممّا يتردّد النّظر فيه على طريقة **القاضي أبي محمّد عبد الوهاب** إن شاء الله.

وأشار شيخنا **أبو الحسن اللّخمي**، رحمه الله، إلى تخريج فسخ هذا البيع

لأجل هذا الخيار، على ما تقدّم بيانه من الخلاف في بياعات الآجال، لأجل التّهمة على التحيّل على ضمان بعوض، على حسب ما قدّمنا عن **أشهب**. فلمّا اجتمعا عنده في أنّ المنع للتّهمة، وجب أن يجتمعا في حكم الفسخ.

/ وهذا الّذي قاله، رحمه الله، لا يصحّ على طريقة من حكينا عنه، فيما تقدّم، أنّ الأجل البعيد إنّما منع في بيع الخيار لما تضمّنه[1] الغرر. لأنّ الفسخ لأجل الغرر ليس لأجل التّهمة، بل لورود الشّرع بالمنع منه. وكذلك على طريقة من علّل بأنّ علّة المنع كون الخيار المشترط كالمناقض لمقتضى العقد وكان الأصل منعه وقد قال **الشّافعي**، رضي الله عنه، لولا ورود الخبر بجواز الخيار ثلاثا ما أجزنا من الخيار ما قلّ من أيّامه أو كثر.

وأمّا طريقة **أشهب** في التّعليل بالتّهمة، فيمكن أن يكون ذكر هذه العلّة، وهو ملتفت إلى غيرها من العلل الّتي قدّمناها، فيجب عنده الفسخ، خلاف بياعات الآجال الّتي لا تعلّل بأكثر من التّهمة.

وقد تقدّمت الإشارة إلى سبب اقتصار **أبي حنيفة والشّافعي** على كون الخيار ثلاثا، لحديث المصراة، الّذي ذكره، لكون الثّلاث في حكم القليل، والقليل من الغرر يعفى عنه بخلاف الكثير.

وأمّا **مالك** رضي الله عنه، فإنّه يرى أنّه لم يرد خبر بالمنع من اشتراط الزّيادة على ثلاثة أيّام، وحديث المصراة ليس بنصّ في المنع من الزّيادة على ثلاثة أيّام، ولا الخيار المذكور فيه مشترط في أصل البيع، وإنّما علّته ما سننبّه عليه في كلامنا على التّصرية، إن شاء الله تعالى. وإذا لم يثبت عنده دليل بالمنع، وكان أصل الخيار إنّما أجيز لأجل الحاجة إليه، وجب أن يكون يجوز أن يضرب من الأجل بقدر ما يحتاج إليه من أجناس المبيعات. ومعلوم من جهة العادة أنّ الأجل في ذلك لا يتساوى، وإمكان مقتضى الأصل أن يباح منه كلّ ما دعت الحاجة إليه، والحاجة إليه تختلف باختلاف الأجناس.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تضمنه من.

وقد قال ﷺ «**المسلمون على شروطهم**»[1].

فأمّا الثّوب، فإنّه يضرب فيه اليوم واليومان، والعبد الخمسة أيّام والسبعة. والدّابّة اليوم، أو البريد إن كان غرضه باشتراط الخيار اختبار سيرها. والدّار الشهر ونحوه/ . وهذا هو المشهور من المذهب.

وقد قيل: في اختبار سير الدّابّة بريدان. وقيل: في العبد شهران.

وهذا كلّه لا ضابط له من ناحية النّصوص أو الظواهر، وإنّما يَضبطه مقتضى العادات في الاختبارات لِمَا شرط فيه الخيار. والخلاف الّذي ذكرناه عن المذهب في هذا التّحديد اختلاف في شهادة بعادة.

فإذا تقرّر حكم الخيار المطلق والمحدود بوقت معيّن، فإنّه لو وقع مشاراً فيه إلى التّأييد، كقول البائع للمشتري: لك متى شئت، فإنّ هذا ممّا اختلف النّاس فيه.

/ فذهب **الشّافعي** إلى فساد هذا البيع، لأجل كون الشّرط قد زاد على الثّلاث.

وذُكر عن **أبي حنيفة** أنّه أفسد البيع والشّرط أيضاً. وقد يقتضي ما حكيناه عنه في اشتراط الزّيادة على الثّلاث أنّ المشتري إذا أسقط ها هنا ما جعل إليه من المشيئة على التّأبيد، واقتصر/ على الثّلاث قبل تقضّيها، أنّ البيع يصحّ ويذهب فساده.

وذهب **ابن شبرمة** إلى أنّ البيع والشرط صحيح.

وذهب **ابن أبي ليلى** إلى أنّ البيع صحيح والشّرط باطل.

وقد حكى **عبد الصمد ابن عبد الوارث** أنّه دخل **الكوفة**[2]، فأتى **أبا حنيفة** فسأله عن رجل اشترى سلعة على أنّه بالخيار متى شاء. فقال له: البيع والشّرط

---

(1) فتح الباري: 5: 358 ـ مختصر المنذري 5: 214.

(2) هكذا. ولعلها: مكة: الهداية: 7: 248 ـ 249 ـ نصب الراية 4: 11.

باطلان. وأتى ابن شبرمة فسأله عن ذلك فقال: هما صحيحان. وأتى ابن أبي ليلى فقال له: البيع صحيح والشّرط باطل. فقال: فعدت إلى أبي حنيفة فأعلمته بما قال الرّجلان. فقال: لا أدري ما قالا. **نهى النبيّ ﷺ عن بيع وشرط**[1]. وعدت لابن شبرمة فذكرت ما قالا أيضاً. فقال: لا أدري ما قالا. قال النبيّ ﷺ: «**المسلمون على شروطهم**»[2]. وأتيت ابن أبي ليلى فأخبرته أيضاً فقال: لا أدري ما قالا. وذكر حديث بريرة المذكور فيه صحّة البيع وإسقاط اشتراط الولاء[2].

وقد ذكر عن ابن أبي ليلى أنّه أجاز اشتراط الخيار وإن طال زمانه كالسنتين والثّلاث. وبه قال محمّد بن الحسن وأبو يوسف، وخالفا أستاذهما أبا حنيفة، فيما حكيناه عنه من فساد هذا البيع إذا لم يسقط الشّرط. وهؤلاء يرون أنّ الإعتبار بكون الأجل محدوداً، ولا يؤثّر كونه طويلاً، كما لا يؤثّر في صحّة البيع إلى أجل طول زمن الأجل المضروب لاستيفاء الثّمن على وجه لا يلحقه مخاطرة، على حسب ما تقدّم بيانه في البيع إلى أجل ثمانين سنة أو مائة سنة. ويدافعون عن هذا القياس بما تقدّم ذكره من كون الخيار رخصة لما فيه من الغرر، على حسب ما تقدّم بيانه، ممّا يباح فيه الغرر اليسير الّذي تدعو الحاجة إليه، مع كون الغرض في الخيار النّظر في العين، وتحصيلَ الرّبح والفائدة، الّتي وضعت التّجارة لأجلها. وهذا الغرض حاصل في الأمر اليسير، ولا حاجة بنا إلى إباحة الكثير. والغرض من الأجل أيضاً التصرّف، وطلب الفائدة / المأخوذة من الأجل، وهذا المعنى محقّق في الأجل وإن/ طال، مع كونه لا تحجير فيه في المبيع يخالف مقتضى العقد، وإنّما ضرب لاستحقاق المطالبة بالثّمن، واستحقاق المطالبة بالثّمن إنّما تكون بعد صحّة العقد وحصول مقتضاه.

فإذا تقرّر أحكام الخيار المشترط مطلقه ومقيّده، فاعلم:

---

(1) نصب الراية: 17. الهداية: 7: 248 ـ 249.

(2) رواه أبو داود والحاكم. فيض القدير ج6 ص 213 ح9213.

أنّ مشترط الخيار إن عاقه عائق عن النّظر فيما اشترط الخيار من أجله، مثل أن يشترط المشتري الخيار مدّة فيجنّ أو يغمى عليه أو يفقد، فإنّه إذا عاقَه عن النظر شيء من هذه المعاني، وذهب أمد الخيار، ولحق البائع الضرر في الإنتظار، كان للقاضي أن يفسخ هذا البيع لحق البائع في إزالة الضّرر عنه.

فإن أراد أن يمضي الشراء له، فأمّا فيمن جنّ جنوناً مطبقاً فإنّ له ذلك. وأمّا المغمى عليه فإنّ **ابن القاسم** منع من ذلك لكون الإغماء مرضاً يرجى زواله عن قريب.

وإذا كان كذلك لم يمكن أن يشتري لرشيد حال بينه وبين النّظر لنفسه حائل يرجى زواله عن قرب. وأجاز **أشهب** ذلك قياساً على من جنّ، وأمّا على من فقد، فإنّه يجري على هذين القولين أيضاً.

وقد عورض **ابن القاسم** بما ذكر في المعير أرضاً لمن يبني فيها إلى أجل محدود، فحلّ الأجل والمعير غائب، فإنّه أجاز للقاضي أن يأخذ له البناء بقيمته منقوضاً. فأباح للقاضي أن يشتري له لأجل غيبته، وإن لم يبح ذلك له في المغمى عليه. وقد فُرّق بينهما بأنّ الإغماء مرض يذهب عن قرب، والغيبة تطول.

وقد يقال أيضاً: إنّ النّظر، الّذي يدعو إلى الشّراء له، ما يرجى من ربح إذا أخذ له ما اشتراه على خيار. وهذا الّذي يرجى لانقطع بحصوله لجواز/ حوالة الأسواق أو تلف ما أخذ له. (والتّلفيق الّذي حصل في البناء كسلعة ملك الغائب أخذها، والهدم إتلاف لها، وللقاضي أن يمنع من إتلاف ملك الغائب. وهذا سنبسط الكلام عليه في موضعه إن شاء الله تعالى)[1].

وإذا تقرّر أنّ الإغماء يمنع من الاختيار ووجب الانتظار، فهل يسقط الإعتبار بأمد الإغماء، مثل أن يشترط المشتري الخيار ثلاثا فيغمى عليه فيفيق في اليوم الثّالث، أم لا؟

---

(1) هكذا في النسختين: والكلام غير واضح.

والنّظر في هذا يستند إلى هذا المصاب الطارىء، هل تكون العهدة فيه على البائع، فيستأنف المشتري إكمال الثلاث بزيادة يومين على اليوم الثّالث الّذي أفاق، كما اختاره بعض أشياخي، وقدّر أنّ هذا المانع درْكه على البائع، فيقضى عليه بالزّيادة على ما اشترط في أيّام الخيار. أو يقال: إنّ هذا مصاب طرأ على المشتري فدركه عليه، وقد فعل البائع أكثر ما عليه من التّمكين من الإختبار، فحيل بين المشتري وبين ذلك بأمر لا صنع/ للبائع فيه. هذا عندي ممّا ينظر فيه/ .

وقد حكينا عن **ابن القاسم** أنّ مجرّد ذهاب أيّام الخيار والمشتري الّذي اشترط الخيار مغمى عليه لا يوجب الفسخ حتّى يطول انتظار إفاقته طولاً يلحق البائعَ الضّرر منه. وهذا يشير إلى أنّه جعل الدّرك في هذا المصاب على البائع. وإن كان قد قال **أشهب**: إنّ القاضي يأخذ له ما دام أيّام الخيار لم تذهب. وأشار إلى أنّها إذا ذهبت لم يكن له أن يأخذ له. وقد أشار بعض أشياخي إلى أنّ هذه طريقة تخالف طريقة **ابن القاسم** الّتي ذكرناها، من كونه لا يرى الفسخ بمجرّد تقضّي أيّام الخيار. ويمكن أن يكون **أشهب** اعتبر تقضّيها في الأخذ للمغمى عليه لمّا كان جواز الأخذ له مختلفاً فيه بينه وبين **ابن القاسم**، لكونه استئناف شراء. وأمّا الفسخ فإنّه من حقّ القاضي، فلا يعتبر فيه ذهاب أيّام الخيار. لكون الفسخ ممّا اتّفق **ابن القاسم وأشهب** عليه ورأياه ممّا يجوز للقاضي فعله.

وأمّا إن كان العائق الّذي منع من الإختبار ممّا يتأبّد كموت المشتري بالخيار أو البائع بالخيار، فإنّ هذا ممّا اختلف فيه:

فذهب **مالك والشّافعي** إلى أنّ هذا يورث عن الميّت لمّا كان هذا الخيار المشترط متعلّقاً بالمال ومن الحقوق الماليّة، فيجب أن يورث كما يورث المال نفسه.

وذهب **أبو حنيفة** إلى أنّه لا يورث، لأنّ الّذي ملك مشترط الخيار مشيئة

وإرادة، بالإرادة[1] تعدم بموته، ويستحيل وجودها مع كونه ميّتاً، وقد علق إمضاء البيع عليها. وهذ الّذي علّق إمضاء البيع عليه يستحيل وجوده في الميّت، فإذا استحال ذلك استحال المبيع[2] الّذي علق به.

واعلم أنّ الظّاهر الّذي ورد في الشّرع ممّا يتعلّق به هؤلاء المختلفون من قوله تعالى في آية المواريث ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [3] الآية. وكذلك قوله تعالى ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ﴾ [4] وكذلك ﴿۞ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ﴾ [5] الآية. إلى غير ذلك ممّا ذكر في الفروض. فيرى **مالك والشّافعي** أنّ هذا ممّا تركه الميّت، فوجب أن يورث عنه كسائر أمواله. ويرى **أبو حنيفة** أنّه لم يملك سوى مشيئة وإرادة متعلّقة بهذا المبيع. فلا يقال: إنّ هذا ممّا ترك، لأنّها لم يتركها، فوجب أن لا يدخل في هذا الظّاهر/ . وقد قال في الحديث أيضاً: «**من ترك مالاً أو حقّاً فلورثته**»[6]. فالنّزاع أيضاً في كون هذا الحقّ ممّا ترك.

واعتمد أصحابنا وأصحاب **الشّافعي** على القياس على الرّدّ بالعيب، فإنّ المشتري يملك الخيار بين أن يردّ بالعيب أو يتمسك بالمبيع المعيب، فإذا مات ورث هذا الخيار عنه ورثته وحلّوا محلّه. فكذلك يجب أن يكون الخيار في / الشفعة، والخيار في قبول الوصيّة بمال ينتقل فيه الخيار إلى/ الوارث. وأصحاب **أبي حنيفة** يمنعون من قياسِ هذه المسائل على الخيار لأجل العيب. لأنّ الخيار في العيب إنّما ثبت للمشتري للنّقص الّذي اطّلع عليه في المبيع، لأنّه اشترى أجزاءاً فأمسِك له منها جُزء، وهذا الّذي أُمسِك له حصّة من الثّمن،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: والإرادة.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: البيع.
(3) سورة النساء: 11.
(4) سورة النساء: 11.
(5) سورة النساء: 12.
(6) فتح الباري ج15 ص 10 مختصر المنذري ج5 ص 17.

وقد أُمسِك عوض هذه الحصّة، فوجب للمشتري المطالبة بثمن ما أُمسِك له، فإذا مات قبل المطالبة فإنّما مات عن مال، وهو الّذي يقابل هذا الجزء النّاقص، ومن مات عن مال ورث عنه، وفي البيع بالخيار والشّفعة والوصيّة لم يمت عن مال ثبت له، فلهذا لم يورث عنه.

وكذلك أصحاب أبي حنيفة يعتمدون أيضاً على قياس، فيقولون: إنّ الثّمن إذا كان مؤجّلاً على المشتري، فإنّ الملك من توابع العقد، كما أنّ الخيار من توابع العقد، فإذا مات من اشترى بثمن إلى أجل، حلّ الثّمن عليه، ولم يرث ذلك عنه ورثته فيؤجّل عليهم، فكذلك الخيار لا يورث أيضاً.

ويجيب أصحابنا عن هذا بأنّ الثّمن المؤجّل إنّما أوجب حلولَه كونُ المشتري إنّما عامل ذمّة، فلا يلزمه التنقّل إلى ذمّة أخرى لم يعاملها، مع كون الله سبحانه قدّم قضاء الدّين على الميراث، فلا يصحّ أن يمكّن الورثة من وراثة هذا المال، وعلى الميّت دين، وإذا لم يمكّنوا من ذلك فلا فائدة في إيقافه وجب[1] حلوله، واستعجل لهم ميراث ما فضُل عن الدّين.

فإذا تقرّر هذا وأنّ الخيار يورث، فإنّ المشتري بالخيار إذا مات وخلّى وارثاً واحداً يرث المال كلّه، فإنّه يحلّ محلّه، فيخيّر بين قبول المبيع كلّه أو ردّه كلّه. فإن ترك ورثة فاتّفقوا على ردّ أو قبول، كان ذلك من حقّهم، كما كان ذلك من حقّ من ورثوا هذا الخيار عنه. فإن اختلفوا فاختار بعضهم إمضاء الشّراء، واختار الآخرون ردّه، فإنّ من حقّ البائع من المتبايعين أن يمنع من هذا التّبعيض، وقد باعها على الكمال، وذلك ضرر به. فإن رضي بهذا التّبعيض وقبل نصيب من ردّ عليه، كان له المطالبة لمن التزم الشّراء بما ينوب نصيبه من الثّمن/ . ولا مقال ها هنا للملتزم الشّراء لكونه قد وصل إلى غرض، واستكمل جميع حقّه في الميراث. فإن لم يرض البائع بهذا التّبعيض كلف من اختار الإجازة أن يردّ ما في يديه حتّى يستكمل البائع جميع المبيع، لئلاّ يتبعّض عليه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لما وجب.

هذا هو القياس عند **أشهب** لأجل ما قلناه. والاستحسان عنده أن يمكّن من أراد الإجازة من أخذ نصيب من ردّ على البائع ويدفع للبائع الثّمن على كماله. فإذا حصل البائع على الثّمن كاملاً، فقد ارتفعت العلّة التّي شكاها بإزالة التّبعيض عنه.

هذا هو الاستحسان. ولكنّ القياس ما قدّمناه من كون البائع لمّا ردّ عليه الممتنع من الإجازة لشراء نصيبه، عاد ذلك إلى ملكه على حسب ما كان. فلا يلزمه أن يبيعه إلاّ ممّن اختار.

وهذا التّفصيل/ يجري في موت البائع، وللبائع ورثة اختلفوا فيما كان للبائع من الخيار، فقال بعضهم: نردّ بيع البائع. وقال آخرون: بل نجيزه ونمضيه. فإنّ المشتري لا يلزمه نصيب من أجاز لأجل التّبعيض، كما لا يلزمه ذلك لو أراد منه البائع الّذي عامله، فكذلك ورثته الحالّون محلّه. وإن أراد قبول هذا التّبعيض وإسقاط حقّه فيه كان ذلك له. ولا يفترق ها هنا حكم القياس والاستحسان في أنّ من ردّ من الورثة لا يأخذ نصيب من أجاز، لكون نصيبه بقي في يديه بحكم الميراث لمّا عاد لملك الميّت على حسب/ ما كان، فكأنّه لم يقع من الميّت عقد، فليس له أن يأخذ نصيب أخيه الّذي أجاز، فلم يقبل المشتري بغير اختيار أخيه. كمن عَرض ثوباً على إنسان بثمن سمّاه ليشتريه، فلم يفعل، فإنّه ليس لآخر أن يشتريه منه بغير اختياره.

وإذا كان الورثة كلّهم في ولاية وصيّ، كان الحكم انفراده بالقبول أو الرّدّ كوارث واحد.

وإن كانا وصيّين فاختلفا ردّ السلطان أحدهما إلى الآخر قضي[1] بمقتضى قول من قدّم السلطان قوله وصار كوصيّ منفرد.

وإن كان مع الوصيّ المنفرد ورثة رشداء، فاختلفوا معه، جرى الحكم

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وقضي.

مجرى وارثين اختلفا على حسب ما قدّمناه.

وإن كان مع الرّشداء وصيّان اختلفا ردّ[1] قول الوصيّين، وأمضى قول المصيب منهما. وعاد المصيب كالوصيّ المنفرد يخالفه بقيّة الورثة الرشداء.

وقد ذكر في **المدوّنة** الحكم في رجلين اشتريا سلعة بالخيار، واختلفا في القبول أو الرّدّ. أو اشترياها ثمّ اطّلعا على عيب، فاختلفا في الرّضا به أو الرّدّ. وهذه المسئلة فيها قولان: / 1 ـ هل لكلّ واحد منهما حكم نفسه، ولا مقال للبائع في التّبعيض لكونه عقد البيع من رجلين، وهو يعلم أنّهما قد يختلفان فيما رأيان[2] من ردّ أو قبول، فيصير كالرّاضي بالتّبعيض لمّا عقد صفقة واحدة من اثنين، فأشبه لو عقد منهما صفقتين، انفرد كلّ واحد منهما بعقدة؟ 2 ـ أو يقدّر أنّهما كالرّجل الواحد، لمّا عقدا عقداً واحداً، فيمنعهما من التّبعيض؟ فإن قلنا بهذا القول عاد الحكم في اختلافهما إلى ما قدّمناه من اختلاف الورثة، على حسب التّفصيل الّذي قدّمناه.

وذكر في **المدوّنة** مسئلة متعلّقة بوراثة الخيار، فقال في امرأة شرط لها زوجها أنّه إن تزوّج عليها أو تسرّى فأمرها بيد أمّها. فروى عن **علي بن زياد**[3] أنّ هذا متعلّق بعين الأمّ، لا ينتقل إلى غيرها بعد وفاتها، ولا يورث عنها ولا لها أن تنقل ذلك من يدها إلى يد غيرها، ومنع من ميراث هذا الخيار والتّمليك لمّا كان عنده أنّ القصد تعليقه بعين هذه الأمّ.

وذهب **ابن القاسم** إلى أنّه لا يتعلّق بعين الأمّ. ولها أن توصي بذلك إذا ماتت/ . فإذا وصّت فلم تذكر هذا الّذي حصل بيدها من التّمليك دلّ ذلك على أنّها (أسقطت، بقي بكونه ساقطاً)[4] وإن لم توص بشيء، فأضاف إلى **مالك**،

(1) أي إلى القاضي.
(2) هكذا في النسختين، والصواب: يريان.
(3) في المدينة: فرُوي عن علي...
(4) هكذا في النسختين.

رضي الله عنه، أن يجعل ذلك إلى ابنتها فهْماً فهمه عن مالك، أو نصّاً سمعه منه.

والتّحقيق في هذه المسئلة الرّجوع إلى اعتبار قصد الزّوج، هل قصد جعل هذا التّمليك متعلّقاً بعين الأمّ، فإذ عُدِمت عينها عدم ما تعلّق بها. أو الغرض به التّمليك الّذي ينقله من ملكه إلى ملك غيره.

ولو أرادت الأمّ أن تقضي بالفراق ومنعتها ابنتها من ذلك، فإنّه يعتبر أيضاً القصد بهذا التّمليك، هل قصد به الزّوج سرور زوجته والتّحبّب إليها، فيكون من حقّها أن تمنع أمّها من القضاء بالفراق لكون ذلك مخالفاً لقصد الزّوج فيما قصد من التّمليك؟ فإن لم يقصد الزّوج إلى إسناد شيء من ذلك إلى الزّوجة بل جعله من حقوق الأمّ، لم يكن لابنتها أن تمنعها من إيقاع الفراق. ولو قصد الزّوج مسرّة زوجته بهذا التّمليك وطلب رضاها، فإنّ الأمّ لو أوقعت الفراق قبل أن تنكر ابنتها عليها ذلك، لوقع الفراق ولا يردّ لأجل كون التّمليك قصد به مسرّة البنت. لأنّ الأمر وإن كان كذلك، فقد رضيت البنت بتفويض هذا الأمر إلى أمّها وجعلتها كالوكيلة لها، والوكيل للموكّل أن يعزله قبل أن ينفّذ ما وكّله عليه، وأمّا شيء أنفذه، فإنّه لا يؤثّر في ذلك عزله.

وذكر في **المدوّنة** تأخير الورثة والغرماء لرجل حلف: ليقضينّ فلانا ما له عليه/ من الدّين، إلاّ أن يؤخّره، فمات من له الدّين، وأخّره لمّا حلّ الأجل من يرث هذا الدّين، فإنّه يبرّ بتأخير الوارث. وهذا إنّما يصحّ على القول بمراعاة المقاصد في اليمين دون اعتبار مقتضى اللّفظ. لأنّ مقتضاه تعليق المشيئة بالتّأخير لمن سمّاه، وهو الّذي له الدّين، ووارث من له الدّين غيره، فينبغي أن لا يبرّ بتأخيره. لكنّ القصد بمثل هذه اليمين ألاّ يلدّ عن قضاء الحقّ لمن يستحقّه عليه، وارثاً كان لهذا الدّين أو لمن في معناه. ولو كان الوارث في ولاء وصي، ففي جواز تأخير الوصيّ لهذا المديان اختلاف، أجازه **ابن القاسم**، لكون التّأخير قد يكون فيه مصلحة للمولّى عليه لاستيلاف من يعامله. ومنعه **أشهب** لكونه لا

يظهر له وجه في المصلحة غالباً، ألا ترى أنّه لو تبيّن أن ذلك سوء نظر للمولى عليه، وإتلاف لماله، لم يجز للوصيّ التأخير. فكذلك إذا كان هذا هو الغالب في العرف. ولأجل هذا الّذي أشرنا إليه من مراعاة المقاصد باليمين يبرّ الحالف بتأخير الغرماء بشرط أن يُبرِؤُوا ذمّةَ الميّت من دينهم بالتحوّل على هذا الغريم، فإنّهم إذا برّوؤا ذمّة الميّت وتحوّلوا عليه، صاروا بذلك مستحقّين لهذا الدّين، فحلّوا في هذا محلّ الوارثين.

واشترط في **المدوّنة** شرطاً آخر، وهو كون مَالَهم من الدّين يستغرق تركة الميّت. وهذا الاشتراط دليله أنّ الدّين الّذي لهم إذا كان لا يستغرق جميع ما تركه الميّت، فإنّ الحالف لا يبِرّ بتأخير الغرماء. وقد عورض هذا، وأُشير إلى أنّه ينبغي أن يبرّ في يمينه إذا أبرأوا ذمّة الغريم الميّت، وأسقطوا الطّلب عن تركته، وتحوّلوا بدينهم على هذا الغريم.

وقد يجاب عن هذا الاعتراض بأنّ الدّين إذا كان يستغرق جميع تركة الميّت، سقط حقّ الوارث، وصار المستحقّ لجميع التّركة[1] لا الغرماء دون الوارثين. فإذا كان الغرماء إنّما يستحقّون بعض التّركة من جنس منها دون جنس لم ينفردوا بالتحكّم فيها بأن يأخذوا الدّين دون رضى الورثة، إذ لم تكن لهم فائدة في تعيين جنس دون جنس. فإذا لم ينفردوا باستحقاق الأخذ من هذا الغريم الحالف دون رضى الورثة، صاروا كرجل لا حقّ له في هذه التّركة أخّر هذا الغريم.

وكذلك يجري الأمر في ميراث الغرماء مشيئةَ الميّت المشتري سلعة بالخيار. فإنّ الإعتبار في هذا بكون هذه السلعة يرجى فيها فضل إن أُجيز شراؤها. فإنّ الأمر إن كان كذلك، كان له [2] أخذ هذه السلعة/ ، ولا مقال للورثة في منعهم من ذلك، لأنّ منعهم من ذلك يؤدّي إلى انتقاص دينهم،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف لا.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لهم. أي للغرماء.

ومنعهم من استيفائه. لكنّ بعض الأشياخ قال: إنّهم لا يمكّنوا[1] من أخذه هذه السلعة التّي فيها فضل ربح إلاّ بشرط أن يكون الرّبح يُقضَى به دين الميّت. وإن وقعت فيه خسارة، كانت عليهم. بخلاف المفلس إذا فلس، وقد اشترى سلعة فقضى لبائعها، فإنّه أحقّ بها من غيره من الغرماء، إذا لم يكن قبض الثّمن. فإن اختار مَن سواه من الغرماء أن يدفعوا إليه الثّمن الّذي باع به السلعة ويأخذوها ليبيعوها لرجاء فضل فيها، فإنّهم يمكّنون من ذلك، وإن كانت خسارة، فعلى الميّت.

وإنّما افترق حكم الخسارة في هذين السؤالين في كونها في أحدهما على الغرماء وهو فيما اشتراه بالخيار، وفي المسئلة الأخرى على الغريم المفلس، لأنّ الغريم المفلس قد اشترى على البتات، واستقرّ الثّمن في ذمّته ثبوتاً لا انفكاك له منه. وهذا الّذي اشترى سلعة بالخيار لم يثبت ثمنها في ذمّته لجواز أن يختار ردّها. فسقط عنه الثّمن. وإذا كان الأمر كذلك، صار غرماؤه/ كمن أثبت ديناً على الميّت لم يثبته عليه الشّرع، ولا ألزمه على كلّ حال. فلهذا كانت الخسارة عليهم ها هنا.

وإذا قلنا: إنّ الغرماء ها هنا لهم أيضاً ما اشتراه الميّت بالخيار إذا كان فيه فضل، فإنّما المراد بهذا أنّ ذلك حقّ لهم لما بيّناه من فائدته لهم وللميّت. ولا يكون ذلك حقّاً عليهم لأنّهم لا يلزمهم أن يتركوا أخذ دينهم ممّا تركه الميّت، من ناضّ أو غيره، ممّا يأخذون/ دينهم منه في الحال، ويكلفون الانصراف عن هذا إلى أخذه من ثمن سلعة يتكلّفون بيعها، وربّما تستحقّ عليهم، أو تردّ بعيب. وقد وضح حكم ميراث المشيئة والاختيار وما يتعلّق به ممّا بيّناه فاعلم.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال: قد بيّنا، فيما تقدّم في كتاب بيوع الآجال والبيوع الفاسدة، منع سلف جرّ منفعة، وكلِّ ما أدّى إليه، كبيع وسلف، أو التردّد بين كون عوض السلعة ثمناً أو سلفاً. ومقتضى هذا الّذي قلناه يمنع من

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لا يمكنون.

اشتراط النّقد في بيع الخيار، لكون من اشترى سلعة بالخيار واشترط البائع عليه أن ينقده ثمناً، فإنّ هذا المنقود متردّد بين أن يكون ثمناً، إن أمضى المشتري الشّراء، أو يكون سلفاً إن ردّ ما اشتراه. وهذا ممنوع اشتراطه، لكون السلف متحقّقاً. فإذا وضّح علّة المنع من هذا وأنّه يجري من جهة المعنى مجرى البيع والسلف، فإنّا كنّا قدّمنا أنّ البيع بشرط السلف فيه اختلاف: هل يصحّ البيع إذا أسقط السلف أم لا يصحّ؟ على ما تقدّم بيانه؟/ .

وقد اضطرب المتأخّرون في هذه المسئلة الّتي نحن بصددها، هل يجري ترقب السلف مجرى تحقّقه؟ فيقال، فيمن باع بالخيار واشترط النّقد: إنّه [1] أسقط اشتراطه، صحّ البيع، كما يصحّ، على ما ذكره في **المدوّنة**، في اشتراط السلف في عقد البيع.

فذكر **ابن سحنون** أن اشتراط النّقد في بيع الخيار لا يجوز، وهو كالبيع والسلف. وظاهر هذا يقتضي أنّ اشتراط النّقد إذا أسقط صحّ البيع على المذهب المشهور في بيع وقع بشرط السلف، وإن كان بعض الأشياخ حمل هذا على أنّ مراده بهذا التّشبيه كون السلف قد قبض، وهو إذا قبض لم يصحّ إسقاط الشّرط، على حسب ما كنّا قدّمنا ذكره وما قيل فيه. وهذا من هذا المتأوّل إشارة إلى استبعاد تصحيح البيع إذا أسقط فيه شرط النّقد، وكأنّه يقدّر أنّ الفساد ها هنا في نفس الثّمن بجملته، والفساد إذا كان من نفس الثّمن، لم ينصلح البيع بإزالة الفساد من الثّمن. كمن باع سلعة بثمن إلى أجل مجهول كموت زيد، فإنّ البيع فاسد وإن عجّل الثّمن لمّا كان الفساد في جملة نفس الثّمن، كما قدّمنا ذكر هذا في موضعه، واشتراط السلف معنى خارج عن الثّمن والمثمون، فحسن أن يصحّ العقد بإسقاط الشّرط.

ومن المتأخّرين من يشير إلى تصحيح هذا البيع إذا أسقط البائع اشتراط النّقد تعلّقاً بظاهر كلام **ابن سحنون**. وقد نوقض هؤلاء بما وقع **لابن القاسم** في

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة أداة الشرط [إذا] ليستقيم المعنى.

المدوّنة فيمن اشترط النّقد واطّلع على عيب قديم، وحدث عنده عيب، أنّ القيمه تجب، ولم يعتبر فيها الأكثر/ والأقلّ كما اعتبر ذلك في البيع بشرط. وأشار البراذعي في تمهيده إلى أنّ هذا كالمخالف لما ذكره ابن سحنون. وهكذا ذكر بعض الأندلسيين أنّ هذا بخلاف البيع بشرط السلف، فإنّ العقد لا يصحّ بإسقاط شرط النّقد في بيع الخيار.

وإذا تقرّر حكم اشتراط النقد، فإنّ التطوّع به بعد العقد جائز. إلاّ أن يؤدّي ذلك إلى ممنوع وهو الوقوع في معاوضة عن دين بتأخير/، ومضاهاة فسخ الدّين في الدّين. فإذا عقد سلماً على خيار اليوم واليومين، وهو ما يجوز تحديدها في الخيار في هذا، كتحديد تأخير رأس المال السلم، فإنّه لا يجوز اشتراط تأخيره أيّاماً كثيرة، لأنّه بعد هذه الأيّام إذا أمضاه من له الخيار فيه، قدّر كأنّه لم يزل ماضياً من حين العقد، وتأخير[1] رأس مال السلم فيه أيّاماً كثيرة. فإذا عقد الخيار في السلم على هذا الوجه الجائز، فإنّه لا يجوز التّطوّع بالنّقد برأس المال، لكون هذا التطوّع بالنّقد إذا أمضي عقد السلم بعد التّطوّع به، وقد كان لمن أمضاه أن يفسخ البيع، صار إمضاؤه العقد كأخذ ما أسلم فيه عن دين، وهو ما تطوّع بنقده.

لكنّ بعض أشياخي لم ير المنع/ من هذا يقتضي فسخ العقد إذا وقع وردّ ما أمضاه من السلم، لكون هذا إنّما نقد على أن يكون في الذّمّة ثمناً لما أمضى من السلم، فلا يحلّ هذا محلّ دين ثبت في الذّمّة غير متعلّق بالسلعة المأخوذة عنه بعد طول زمن.

وعلى هذا الأسلوب يجري منع التطوّع في جارية عليّة بيعت بالمواضعة. وشرط فيها الخيار، أو سلعت غائبة اشتريت على البتّ، أو منافع اكتريت بشرط الخيار، على حسب ما كنّا قدّمناه من بيان طريق ابن القاسم في منعه أخذ هذه الأشياء عن ديون مستقرّة في الذمّة.

---

(1) كذا في النسختين. ولعل الصواب: وتأخّر.

وقد قال بعض المتأخّرين: لو تنازع المتبايعان بشرط الخيار في إيقاف الثّمن، لم يجب إيقافه. وأشار إلى أنّه لا يختلف فيه، كما اختلف في إيجاب قبول الثّمن في الأمة الّتي بيعت على المواضعة، وفي بيع السلعة الغائبة، لكون هذين عقدين منبرمين ثابتين، وثبوت العقد يقتضي ثبوت الثّمن، وما ثبت حسنت المطالبة به، وبيع الخيار، المثمون لم ينبرم العقد فيه ولا ثبت، فكذلك ثمنه لم يثبت، وما لم يثبت لا يجب إيقافه.

وقد ذكر في **المدوّنة** فيمن اشترى سلعة على البتّ، ثمّ بعد ذلك جعل فيها الخيار للبائع، أو جعله البائع له، أنّ ذلك جائز. وأطلق الجواب.

وقيّده بعض حذّاق الأشياخ بأنّ معناه أنّ الثّمن قد نقده المشتري، ولو كان لم ينقده ما جاز هذا الخيار، لأنّه إذا لم ينقده، صار الخيار في هذه السلعة/ يؤدّي إلى أخذ سلعة على خيار عن دين. وقد قدّمنا المنع من هذا.

وأنكر هذا بعض أشياخي، ورأى أنّ هذا لا يتصوّر بمجرّد مطلقه أخذه سلعة بخيار من دين، لأنّ المعاملة الأولى كانت على البتّ، فإذا جعل المشتري بعد ذلك لمن باعها منه الخيارَ فيها، فقد صار المشتري كبائع باع سلعة من آخر على الخيار، وكأنّها سلعة ثانية لا تعلّق لها بالأولى، كما لا تعلق للعقد الثّاني الّذي عقد على الخيار بالعقد الأوّل الّذي عقد على البتّ، وإذا لم يكن له به تعلّق، وجب نقد الثّمن الّذي اقتضاه على البتّ، وبقي حكم الثّمن في العقد الثّاني الواقع بالخيار على مقتضى حكمه.

وهذا الّذي قاله شيخنا هو مقتضى الحكم على مقتضى اللّفظ، والّذي ذهب إليه غيره مبنيّ على أنّ المفهوم في مثل هذا كون هذه السلعة الّتي جعل فيها الخيار إنّما جعل فيها الخيار ليؤخذ عوضها عن الثّمن المستقرّ في الذّمّة بالعقد الّذي وقع على البتّ. وإذا قصد المتعاقدان ذلك، فلا شكّ أنّه يمنع كما يمنع أخذ سلعة بشرط الخيار عوضاً عن دين مستقرّ في الذّمّة/ .

وأجاز في **المدوّنة** في هذه المسئلة أن يجعل المشتري الخيار للبائع أو

يجعل البائع الخيار للمشتري، بمعنى أنّه أراد أن يجبر المشتري في أن يلزمه شراء ما كان باعه بالأمس منه إن شاء ذلك، وإن شاء/ لم يلزمه.

ولو هلكت هذه السلعة في أيّام الخيار والمشتري هو الّذي جعل الخيار للبائع، لكان ضمانها من المشتري، لأنّه كان بالأمس مشترياً لهذه السلعة على البتّ وهو اليوم بائع لها على خيار من اشتراها منه، وهو الّذي باعها بالأمس منه. ولو كان البائع هو الّذي جعل الخيار للمشتري، على حسب ما فسرناه، لكان ظاهر **المدوّنة** والمذهب أنّ الضّمان من المشتري أيضاً، لكونه كبائع باع له على الخيار.

وخالف في هذا **المغيرة**، ورأى أنّ الضّمان ها هنا من هذا البائع الّذي خيّر المشتري، وحكَّمه في ردّ هذه السلعة إليه إن شاء، لكون هذا العقد الثّاني لمّا وقع في هذه السلعة على الخيار، وقد كان وقع فيها قبل ذلك على البتّ، صار العقد الثّاني كالملحق بالأوّل، فكأنّ العقد الأوّل وقع أيضاً، وإذا كان قد وقع أيضاً على الخيار، فالضّمان من البائع.

وإنّما ذكرنا حكم الضّمان ها هنا والخلاف فيه لأنّ فيه ملاحة لما حكيناه من اختلاف شيخنا وغيره، لأنّا ذكرنا أنّ من خالف شيخنا قدّر أنّ هذا العقد الثّاني كالمقارن للعقد الأوّل على رأي **المغيرة**، وإذا كان كالمقارن له اقتضى هذا أيضاً أنّ معنى الخيار كون هذه السلعة الّتي عقد فيها البيع على البتّ لا ينقد ثمنها، وإنّ ما عقد فيها أخذها عوضاً عن الثّمن إذا شاء من خيّر فيها/ . على المذهب الآخر المعتبر كلّ عقد بحكم نفسه لا يتصوّر ما قاله شيخنا من كون العقد الأوّل يقتضي دفع الثّمن، وعقد الخيار يقرّ على حكم نفسه.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال: إذا أراد المشتري بالخيار أن يمضي البيع والّذي باع منه حاضر، فإنّه يمكّن من ذلك. وكذلك إذا أراد فسخه، ولا يلتفت في هذا إلى رضا البائع بالإجازة أو الفسخ. وهذا لا خلاف فيه لأنّه مقتضى كون العقد منبرماً من جانب أحد المتعاقدين، ومخيّراً فيه من جهة أخرى.

ولو جعلنا الخيار أيضاً للبائع في ممانعة المشتري على الخيار ممّا أراد لكان نقضاً لما قرّرناه من مقتضى العقد.

فإذا أراد المشتري أن يمضي العقد والبائع غائب، فإنّ ذلك له.

وإن أراد أن يفسخه فاختلف النّاس في ذلك. فذهب **مالك والشّافعي وأبو يوسف** إلى أنّ ذلك له. ومذهب **أبي حنيفة ومحمّد ابن الحسن** إلى أنّه لا يمكن من ذلك.

وأشار **ابن القصّار** إلى أنّ مذهب **أبي حنيفة** ممّا يحتمله مذهبنا. وذكر أنّ **مالكاً** اختلف قوله في جواز تصرّف المشتري في السلعة إذا اختار/ إمضاء الشّراء، فمنعه مرّة حتّى يعلم البائع، وأجازه مرّة أخرى إذا أشهد. وهذا الّذي قاله إنّما يتّضح إذا تكلّمنا على أحكام تصرّف المشتري بالخيار. وهذا الّذي ذكره ممّا يفتقر إلى بسط.

لأنّ إجازة المشتري لا تفتقر إلى حضور البائع. وإنّما الخلاف الّذي حكيناه عن فقهاء الأمصار في اشتراط حضور البائع في الفسخ، قياساً عندهم على العُنّة الّتي توجب فسخ النّكاح إذا طلبت ذلك المرأة، ولا يصحّ الفسخ إلاّ بحكم. وقد اعتمد من نصر مذهبنا ومذهب **الشّافعي** في أنّ الفسخ يصحّ وإن لم يحضر البائع، بكون الإجازة تصحّ وإن لم يحضر، وكذلك الفسخ، لا سيما إذا قلنا إنّ الخيار إنّما هو موضوع للإجازة عندنا لا للفسخ، كما قاله **أبو حنيفة والشّافعي**. وإذا كان إنّما وضع للإجازة فإنّ التّقدير ألاّ عقد بينهما فيفتقر فيه إلى حضور البائع. وأيضاً فإنّ البائع إذا حضر ولم يرض، لم يلتفت إلى عدم رضاه باتّفاق، وإذا كان لا يلتفت إلى رضاه، فكذلك لا يلتفت إلى حضوره، ألا ترى أنّ الطّلاق لمّا لم يعتبر فيه رضى المرأة لم يعتبر حضورها، وهو أيضاً/ حلّ لعقد النّكاح. وإنّما افتقرت العنة إلى فسخ الحاكم للنّكاح لأنّها مسئلة من مسائل الإجتهاد، فلهذا افتقرت إلى قضيّة قاض. وعزلة الوكيل نفسه على القول بتمكينه من ذلك يجري على الخلاف في افتقارها إلى حضور الموكّل على حسب ما قدّمناه.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال: إذا عقد البيع على خيار رجل ثالث غيرِ المتعاقدين، فإنّ ذلك جائز عند جمهور الفقهاء. وذهب ابن حنبل إلى المنع من ذلك.

وذكر بعض أصحاب الشّافعي أنّ المنع هو أحد/ الوجهين عندهم في مذهبهم.

وقد روى أصبغ عن ابن القاسم أنّه لا يحجبه اشتراط خيار الثّالث.

وذكر ابن الحارث عن سحنون أنّه رأى في بعض الكتب أنّ ذلك لا يجوز وهو مفسوخ.

وكأن ابن حنبل ومن وافقه قدّروا أنّ بيع الخيار رخصة لأجل ما قدّمنا ذكره من العلل، والشّرع إنّما ورد بإباحة الخيار للمتعاقدين لحاجتهما إلى ذلك، ولا حاجة بثالث غير المتعاقدين إلى إثبات الخيار له، فوجب المنع لفقد العلّة الموجبة للتّرخيص للمتعاقدين.

ونحن نتعلّق بعموم قوله عليه السلام: «**المتبايعان بالخيار** ما لم يفترقا إلاّ بيع الخيار»[1]. ولم يقيّد الخيار بل استثناه مطلقاً في كلّ أحد، فاقتضى عمومه جواز هذا إلاّ ما خرج بدليل/ .

وأيضاً فإنّ الحاجة قد تمس إلى إسناد الخيار لرجل ثالث، لكون من أسند الخيار له من المتعاقدين غير بصير بالقيمة ولا بالمبيع، فتدعوه الضّرورة إلى إسناد هذا لغيره، كما جازت الوكالة لحاجة المالكين لمن ينوب عنهم في التصرّف في أملاكهم بالبيع والشّراء والأخذ والإعطاء.

وإذا تقرّر جواز هذا على الجملة، فإنّا نشترط أن يكون هذا الثّالث، المسند هذا الخيار إليه، حاضراً أو قريب الغيبة بحيث يستعلم ما عنده في أمد يجوز أن يجعل أجلاً لهذا المبيع على الخيار.

فإذا كان بعيد الغيبة ووقف إمضاء البيع على إجازته أو ردّه، صار هذا

---

(1) سبق تخريجه.

كبيع بخيار ضرب فيه أجل بعيد، وقد قدّمنا أنّ ذلك ممنوع، وذكرنا علّة منعه.

فإذا أسند الخيار في هذا إلى ثالث، وكان هذا الإسناد من قِبَل البائع مثل أن يقول: بعتك سلعتي هذه على خيار فلان، أو على رضى فلان. أو يكون هذا الإسناد من قبل المشتري كقوله: أشتري منك على خيار فلان أو رضى فلان. فإنّ النّظر في هذا يتعلّق بوجهين:

أحدهما: تقدمة إظهار معنى إليه يستند الحكم في هذه المسئلة ويعرف الصّواب منها.

والثّاني: ضبط روايات المذهب في هذا.

فأمّا إظهار المعنى الّذي منه نشأ النّظر في هذه المسئلة، فإنّك ينبغي لك أن تعلم أنّ كلّ واحد من المتعاقدين للبيع إذا اشترط شرطاً يسوغ له اشتراطه، وله فائدة فيه وغرض صحيح، فإنّ من حقّه المطالبة به إذا انفرد بمنفعة هذا الشّرط. وكذلك إذا شاركه في المنفعة أيضاً من عاقده في هذا البيع. وأمّا إن اشترط شرطاً ينفرد به ولا حقّ فيه لمن عاقده ولا منفعة، فإنّ هذا من حقّه أن يطالب به إن شاء. فإذا تمهّدت هذه القاعدة، قلنا بعد هذا:

إذا اشترط البائع رضى فلان رجل ثالث، وكان هذا الشرط دائراً بينه وبين صاحبه قصد باشتراطه تحصيل غرض لمشترطه وللآخر الّذي عاقده البيع، فإنّه يتّضح ها هنا وقف الأمر على رضى هذا/ الرّجل الثّالث. فإن أمضى البيع حكم بإمضائه، ولو كره ذلك مشترط هذا الشّرط، أو كره ذلك المعاقد الآخر الّذي لم يشترط. إلاّ أن يتّفق المتعاقدان على اطّراح ما يقول الثّالث، ويلتزما إمضاء البيع أو ردّه، فإنّه يسقط ها هنا حقّ هذا الثّالث، إلاّ أن يكون هذا أمد[1] مُلِّكَهُ وجعل حقّاً من/ حقّه، فإنّ له المطالبة بذلك وإن اتّفق المتعاقدان على مخالفة قوله. وأمّا لو قصدا كونه كالوكيل لهما، سقط اعتبار قوله إذا اتّفقا على عزله قبل أن يمضي البيع أو يردّه، فإنْ إمضاه أو ردّه قبل أن يتّفقا على عزلته، نفذ عليهما من

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أمراً.

ذلك ما قضى به وكيلهما.

وإذا كان هذا الإشتراط يختصّ به مشترطه، والقصد به تحصيل غرضه، دون أن يجعل للآخر الّذي عاقده فيه حقّاً، فإنّ هذا يعتبر فيه ما قدّمناه إن كان تمليكاً، فلا بدّ من اعتبار ما عند هذا الّذي ملك هذا الحقّ، ولا يقتصر على اعتبار ما عند الّذي مَلّكه. وإن كان وكيلاً لمن اشترط هذا، جرى الأمر على ما قدّمناه من إمضاء ما قضى به من سبق بالقضيّة من موكّل أو وكيل.

هذه النّكتة الّتي تعتبر ها هنا وعليها يعتمد الحذّاق.

لكن وقع في الرّوايات ما يصعب معه ضبط المذهب على التّحقيق. فلهذا أكثر المتأخّرون الكلام في هذا الوجه، واختلفت طرائقهم في تأويل الرّوايات فيه. لا سيما ما وقع في **المدوّنة** في هذه من ألفاظ موهمة تكاد أن تشوّش الخاطر.

وذلك أنّه ذكر أنّ المشتري إذا قال: أشتري على إن رَضِيَ فلان. فإنّ المشتري لا يعتمد على ما يبدو منه من إمضاء البيع أو ردّه، وإنّما يكون الإمضاء والرّدّ الموقوفين على هذا الثّالث الّذي اشترط المشتري رضاه.

وذكر في البائع إذا باع على رضى فلان، فرضي البائع أو رضي فلان، فإنّ البيع نافذ. فعلق نفوذه برضى البائع المشترط هذا الشّرط إن سبق إلى ذلك، أو برضى الثّالث إن سبق إلى ذلك.

وقد اعتمد جماعة من الأشياخ الحذّاق أنّ هذا منه تفرقة بين حكم البائع في هذا الاشتراط وبين حكم المشتري إذا كان هو المشترط. وإلى هذا ذهب **الشّيخ أبو محمّد ابن أبي زيد** ومن بعده من حذّاق المتأخّرين من القرويين وإليه ذهب **ابن لبابه**.

وذهب غير هؤلاء إلى أنّه لم يقصد في **المدوّنة** إلى تفرقة بين البائع والمشتري. واعتذروا عن ظاهر هذه التّفرقة بأنّ المراد ما ذكره في المشتري كونه اشترط هذا الشّرط لكون ذلك حقّاً له في نفسه وحقّاً للبائع. وقد قدّمنا أنّ هذا

الشّرط إذا قصد به الاشتراط بين المتبايعين، لم يقض على مشترطه بحقّ الآخر فيه. فقدّر هؤلاء الجواب إنّما اختلف لاختلاف السؤالين.

ومنهم أيضاً من/ صار في تأويل ما وقع في **المدوّنة** إلى طريقة أخرى. فقال: قد وقع في بعض ألفاظها: إن رضي البائع نفذ البيع. فلم يذكر ها هنا سوى رضى البائع. ولم يتكلّم على رضى هذا الثّالث إن سبق بالرّضى إلى هذا البيع. فظاهر هذا وقف الأمر على رضاه خاصّة. وهكذا يجب أن يوقف أيضاً الأمر على ردّه. فيقدّر هؤلاء أنّ هذا يشير إلى اعتبار ما يقوله المشترط دون ما يقوله هذا الثّالث. ويقتضي هذا أن يكون المشتري كذلك. ويكون هذا مطابقاً لما ذكره **ابن حبيب في واضحته** (من البائع والمشتري)[1] استويا في/ قصد هذا الإشتراط على من اشترطه منهما، ولا اعتبار بما يقوله الثّالث المشترط رضاه. إلى هذا ذهب ابن لبابة.

ومن المتأخّرين من جعل هذا الاشتراط حقّاً مشتركاً بين البائع والمبتاع، وجعل لكلّ واحد من المتبايعين حقّاً في الإمضاء خاصّة مشتركاً بينهما. فإن اشترط البائع رضى فلان فرضي البائع إمضاء البيع وردّه هذا الثّالث، فإنّ من حقّ البائع الّذي اشترطه أن يمضي هذا البيع على المشتري وإن كرهه، ولا مقال للمشتري لأجل ردّ هذا الرّجل الثّالث له. وإن رضي الثّالث إمضاء البيع وردّه البائع، فإنّ للمشتري التمسّك بالبيع لأجل إمضاء الثّالث له لمّا تعلّق له به حقّ. وكذلك إذا اشترط هذا المشتري رضى رجل ثالث، فإنّ هذا الثّالث إن أمضى البيع وردّه المشتري، فإنّ للبائع أن يطالب المشتري بإمضائه، لجرى[2] في/ المشتري على الأسلوب الّذي قدّمنا في البائع. ويتعلّق هؤلاء بقوله في **المدوّنة**: إن اشترط البائع رضى فلان فرضي البائع أو رضي فلان، نفذ البيع. فقصد اعتبار السبق على الإمضاء لا على الفسخ.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أن البائع والمشتري.

(2) هكذا... ولعل الصواب: وجرى.

والأظهر من هذه التأويلات أنّه في **المدوّنة** فرّق بين البائع والمشتري. وإليه يشير القاضي **أبو محمّد عبد الوهاب**، وذلك أنّه ذكر أنّ البائع إذا كان هو المشترط رضى هذا الثّالث، فإنّ له مخالفة هذا الثّالث. وإن كان المشتري هو الّذي اشترط رضى هذا الثّالث، فإنّ **ابن القاسم** اختلف هل له مخالفة هذا الثّالث أم لا؟ فأشار إلى ارتفاع الخلاف في جنبة البائع وحصوله في جنبة المشتري.

واعتُلّ بالمساواة بينهما، في كون كل واحد منهما له مخالفة هذا الثّالث، بأنّ هذا الثّالث فرع عنهما، ولا يمكن أن يثبت الحقّ للفرع ولا يثبت للأصل.

واعتلّ للتّفرقة بأنّ البائع أقوى سبباً من المشتري لكون الملك ثابتاً له، فلا يكون غيره أكثر تحكّماً في ملكه الثّابت منه هو في نفسه. والمشتري لا ملك له على المبيع، وعقده لأجل الخيار/ محلول، ولا يملك التحكّم في هذا وهو لم يستقرّ ملكه عليه دون من اشترط رضاه.

وقد أشار بعض الأشياخ إلى فرق آخر، فقال: إنّ المشتري إذا اشترط رضى فلان، فإنّه يمكن أن يكون اشترى له شراء وكالة. وإذا اشترى له شراء وكالة على أنّ الخيار له، فإنّه لا يختلف في أنّه لا يتحكّم في هذا دون من اشترى له هذه السلعة على الخيار. وإذا كان فعله محتملاً لوجه يتّضح أنّه لا ينفرد فيه بالخيار، حمل على كونه لا ينفرد بالخيار على الإطلاق. والبائع لا يتصوّر هذا فيه غالباً/ لأنّ السلعة في يديه، واليد دليل الملك، والإنسان إذا باع ملك نفسه، فلا يقال: إنّه باع ذلك لغيره.

فأنت ترى كثرة هذا الإضطراب في ضبط المذهب. وإنّما ذكرناه حتّى يتحقّق عندك ما قدّمناه من كون المذهب قد يعسر ضبطه في هذه المسئلة على التّحقيق.

ولو لم يجعل للثّالثّ إلاّ المشورة، فإنّ الظّاهر من المذهب أنّ هذا الإشتراط لا يلزم مشترطه لإشعار المشاورة بجواز المخالفة. بخلاف أن يشترط رضاه أو خياره.

ونقل الشّيخ **أبو محمّد بن أبي زيد** أنّ **ابن مزين** حكى عن **ابن نافع** أنّه يرى لفظ المشورة كلفظ الخيار والرّضا.

وتعقّب عليه هذا النّقل بأنّ الّذي ذكر **ابن مزين** عن **ابن نافع** أنّه باع على مشورة فلان، على أنّ فلانا إن أمضى البيع بينهما، وهذا يقتضي وقف البيع على اختيار فلان، بخلاف اشتراط المشورة لفظاً مطلقاً غير مقيّد بما ذكرناه.

وقد قال الشيخ **أبو سعيد بن أخي هشام**: لو مات الثّالث المشترط له الخيار لا يفسخ البيع، لكونه موقوفاً على رضى رجل يستحيل بعد موته أن يعلم رضاه. وهذا الّذي قاله إنّما يتخرّج على أحد الطرق الّتي قدّمنا، وهي كون الحكم يقتضي قصد الإمضاء والإجازة على اختيار هذا الثّالث.

وقال بعض الأشياخ: لو وكّل رجل رجلاً على أن يشتري له فاْشترى له الوكيل على خيار آخر ـ لم يجز ذلك لأنّه كوكالة منه، وليس للوكيل أن يوكّل.

والجواب عن السؤال الثّامن أن يقال: إذا أمر رجل رجلاً أن يشتري له سلعة على البتّ فاشتراها، واشترط على بائعها أن يريها لغيره، فضاعت بيد هذا المأمور. فإنّ **مالكا** ذكر في **الموازيّة** أنّ الضّمان من الأمر[1]. وقدّر أنّه لو اشتراها على البتّ على حسب ما أمره من وكّله، لكان ضمانها من الآمر. فإذا اشترط للآمر الخيار فما زاده إلاّ خيراً.

وذهب **ابن الموّاز** إلى كون الرّسول متعدّياً، يكون ضمانها منه لم[illegible]ه أمر الآمر. إلاّ أن/ يكون بيّن للبائع أنّ فلانا بعثه ليشتري/ له ما اشتراه، فإنّه يسقط الضّمان عن هذا الرّسول ويكون ضمانها من بائعها. وهذا الإختلاف الّذي وقع بين **مالك** وابن **الموّاز** قد ينصرف إلى أنّ اشتراط الخيار يفتقر فيه إلى زيادة في الثّمن، فيكون هذا تعدّياً على/ الآمر لكونه لو لم يشترط الخيار لاشتراها بأقلّ ممّا اشتراها به، أو يكون لا زيادة في الثّمن لأجل الخيار، فيكون الحكم ما قاله **مالك** لا سيما على طريقة من رأى أنّ اشتراط ما لا يفيد لا يقضى به.

---

(1) هكذا. . . ولعل الصواب: الآمر.

وقد عورض ابن المواز في قوله: إنّ الضّمان من البائع، إذا أعلمه المشتري بأنّه وكيل، لأجل أنّ إعلامه بأنّه وكيل لا يسقط تباعة البائع عنه، إلاّ أن يصرّح بأنّه رسول لاتباعة عليه. فيقول: أرسَلني فلان إليك لتبيع منه. وقد جرى بالقيروان قديماً سؤال يتعلّق بهذا ذكره عمرون في كتابه وغيره. وهو أنّ السماسرة إذا طاف أحدهم بالسوق وقد أمره رجل بأن يشتري له سلعة، فقال: من عنده كذا؟ سلعةً سمّاها. فاستدعاه أحد التّجار فأعطاه ما طلب، فضاع في يد السمسار. فقيل: إنّ ضمانه من الّذي أرسله لأنّه وكيل له وليس بوكيل لدافع السلعة إليه. والفقه في هذا يتّضح إذا اتّضح من هو وكيل له. والّذي يتحقّق أنّه وكيل له، يكون الضّياع منه.

والجواب عن السؤال التاسع أن يقال: الخيار يقتضي كون من هو له الإجازة أو الرّدّ. وذلك يكون منه بالنّطق والنّص على أحد الوجهين. فإن كان منه الأمر كذلك، فلا خفاء بأنّه يقضى بمقتضى ما اختار. أو يكون ما يدلّ منه على أحد الأمرين، وذلك على وجهين تركٍ وفعل.

فأمّا التّرك فمثل أن تذهب أيّام الخيار والمدّة الّتي جعلا الخيار إليها، فلا يكون ممّن له الخيار نطق ولا إحداث فعل، فإنّه قد يستدلّ بتركه على قصده:

فإن كان الخيار للبائع والسلعة في يده، كان مضيّ أمد الخيار دليلاً على أنّه اختار الفسخ. إذ لو اختار الإجازة لاستدعى المشتري لقبضها وصرفها إليه، أو أشهد بالإجازة. وإن كانت في يد المشتري، كان ترك ارتجاعها واستدعاءِ البائع ردّها دليلاً على أنّه اختار الإجازة للبيع.

وإن كانت السلعة بيد المشتري والخيار له، فإن إبقاءها في يديه دليل على اختياره الإجازة، كما أنّ إبقاءه لها في يد من باعها دليل على أنّه اختار الفسخ

وجملة الأمر أنّ السلعة تبقى لمن هي في يديه، على مقتضى ما ذكرناه.

فأمّا إن أحدث المشترط للخيار فعلاً، فالّذي ينبغي أن يَعتمد/ عليه من أراد معرفة وجوه الرّوايات في هذا، والتّحقيقَ في الفتوى في هذا الّذي يحدث،

أن ينظر إلى الفعل الّذي أحدثه مشترط الخيار. فإن وجده في العادة لا يقع إلاّ وهو دالّ على الإجازة أجزت. وإن كان دالاّ على الفسخ فسخت. وإن أشكل الأمر، لم يسقط حق من له الخيار/ بالتّجويز والاحتمال، ويبقى على حقّه، وينظر في الإستظهار عليه باليمين، على حسب ما ننبّهك عليه. وهكذا ينبغي أن يسلك فيما وقع من الاضطراب والاختلاف فيما يدلّ على سقوط القيام بالعيب أو القيام بالشّفعة. وسننبّه على هذين الفصلين في موضعهما إن شاء الله تعالى.

فمن الأفعال الّتي يحدثها من له الخيار الإعتاق، والكتابة، والاستيلاد على أنّه أمضى الشّراء، ومن البائع، إذا كان الخيار له، على أنّه فسخ العقد. وإنّما كان الأمر كذلك لما قدّمناه من كون هذه المعاني إنّما يفعلها المالك، فإذا فعلها فيما لم يتقرّر ملكه عليه (تقرّراً لا خيار فيه)[1]، فإنّها تدلّ على رضاه بالملك لما فعل ذلك (منه)[1].

ولو كان الخيار للمتبايعين جميعاً، فوقعت هذه الأفعال من أحدهما، لدلّت أيضاً على قصد الفاعل/ حسب دلالتها على قصده لو انفرد باشتراط الخيار.

لكن ممّا يشكل إذا عُرض على هذا الأصل لو أنّ رجلاً اشترى أمة بعبد، على أنّ الخيار له، فأعتقهما معاً في لفظ واحد، فإنّ الإشكال قد يعرض ها هنا إذا عرضت هذه المسئلة على الأصل الّذي قدّمناه، من جهة أنّا قلنا: إنّ العتق علم على الرّضى بالتمسّك بإمضاء العقد. وهذا المشتري له الخيار فيما باعه، وهو العبد، وله الخيار فيما اشتراه، وهي الأمة. فإذا أعتق عبده قدر ذلك رضىً منه؛ بفسخ البيع فيتمّ عتقه فيه. وإذا أعتق الأمة الّتي اشتراها قدّر ذلك رضى منه بقبولها وإمضاء الشّراء لها، فيتمّ عتقها. وتقديرنا أنّه إمضاء الشّراء فيها يتضمّن أنّه سلم الملك في العبد لمن باعه منه، وتسليمه لذلك يمنع من نفوذ عتقه، ونفوذ عتقه يدلّ على فسخه للعقد، وذلك يمنع من نفوذ عتقه في الأمة. فمن

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف ما بين الأقواس.

أجل هذا التّدافع في الدّلالة على القصود [1] إذا عرض على ما قلناه يقع الإشكال. لكن بعض أشياخي مال إلى إنفاذ عتقه في عبده، لكونه قد علم أنّ أصل الملك له، وهذا الّذي علم من كون الملك له في الأصل يقتضي إنفاذ عتقه، ولا يرد مقتضى هذا الأصل بأمر محتمل ومشكل، ويقدّر أنّه لمّا أعتق الأمة، صار بعتقها ملتزماً بتسليم ملك عبده لسيّدها، فإذا أعتق العبد، صار كمن أراد أن يملك الأمة بغير عوض، وهذا لا سبيل إليه.

وهذه المسئلة ينظر فيها، ينفذ عتق العبد لأجل هذا الّذي وقع فيه من تدافع الأحكام، فيغلَّب إيقاع/ العتق لحرمته، على ردّه. كما قيل فيمن قال: إن بعتك فأنت حرّ: إنّ الأحكام تتدافع أيضاً، ولكن مع تدافعها يغلّب إيقاع العتق إن شاء الله تعالى. وتعتق الأمة لكون بائعها سلّمها إليه ومكّنه من التصرّف فيها بحكم الخيار. وهذه مسئلة تعرض أيضاً على أصْلٍ/ سنبسطه، إن شاء الله تعالى. وذلك أنّ بيع الخيار ممّا اختلف النّاس فيه.

وللشّافعي فيه ثلاثة أقوال، أحدها أنّ الملك ينتقل فيه بنفس العقد. والثّاني أنّه مترقّب، فإن أُجيز البيع، كشف الغيب أنّ الملك لم يزل [2] من حين العقد، وإن فسخ العقد، كشف الغيب أنّه باق على الملك الأوّل كما كان. والقول الثّالث أنّه إنّما ينتقل بانقطاع الخيار في عقد متقدّم.

ومذهبنا نحن يتخرّج فيه اختلاف سنذكره إن شاء الله تعالى.

وأبو حنيفة يرى أنّ الملك لا ينتقل إلاّ بانقطاع الخيار، إلاّ أن يكون الخيار للمشتري، فيقدّر المبيع غير مملوك للبائع لكونه قد جعل الخيار فيه لغيره، ولا مملوك للمشتري أيضاً لأنّه لم يختر الإمضاء.

والشّافعيّة تفرّع هذه المسئلة على الثلاثة مذاهب، فتقول: إن قلنا بأحد الأقوال الثّلاثة، فجميعها يقتضي نفوذ عتق البائع إذا كان الخيار له، لكون

(1) في المدنية: المقصود.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قد زال.

الملك لم ينتقل عند من اعتبر في انتقاله انقطاع الخيار، والعتق حصل فيه قبل أن ينقطع، ولا عند من جعله مترقّباً، لأنّ ما يترقّب من الإمضاء لم يحصل، ولا عند من جعله ينتقل بنفس العقد، لأنّ للبائع الخيار في الفسخ في العقد، وإعتاقه العبد فسخ للعقد.

لكن لو كان الخيار للمشتري خاصّة، لم ينفذ عتق البائع فيه، لأنّ إمضاء عتقه إبطال لحقّ المشتري المتقدّم على العتق، فليس للبائع أن يحدث ما يبطل حقّ المشتري من إجازة الشّراء أو إمضائه[1].

لكنّه عندنا إن ردّه المشتري عليه، نفذ عتقه فيه.

وأطلق بعض الشّافعيّة القول إنّ عتق البائع لا ينفذ إذا كان الخيار للمشتري خاصّة. وإذا كان الخيار للمشتري خاصّة، نفذ عتقه فيه لأنّه استحقّ الإمضاء، والعتق علم عليه، على الأقوال الثّلاثة/ أيضاً.

ولو كان الخيار للبائع خاصّة فأعتقه المشتري، لكان عتقه لا ينفذ إذا اختار البائع فسخ العقد. وأمّا إن اختار إمضاء العقد، فإنّه يتخرّج على القولين. فإذا قلنا: إنّ الملك إنّما ينتقل بانقطاع الخيار، لم يلزم عتق المشتري لكون عتقه لم يصادف الملك. وإن قلنا: إنّ الملك ينتقل بنفس العقد حتّى يرفعه الفسخ، فإنّه ينفذ عتق المشتري فيه.

وأمّا إن اختار البائع الفسخ، فإنّا إن قلنا: إنّ الملك لا/ ينتقل إلاّ بانقطاع الخيار، أو قلنا: إنّ الملك مترقّب، فإن أمضى البيع فكأنّه لم يزل ملكاً للمشتري من حين العقد. وإن فسخ البيع فكأنّ العقد لم يكن. فإنّه يتّضح على هذا أنّ عتق المشتري غير نافذ.

وإن قلنا أنّه ينتقل بنفس العقد، فها هنا اختلف النّاس في التّخريج على ذلك عند الشّافعية. فذكر عن الشّافعي أنّ العتق لا ينفذ لكون الملك، وإن انتقل

(1) هكذا. . . ولعل الصواب: أو إبطاله.

بالعقد، فإنّه ملك غير تامّ، فإنّه لا يقع فيه العتق. وحكى **ابن شريح**، من أصحابه: أنّ العتق ينفذ. فكأنّ **الشّافعي** رأى أنّ المشتري ممنوع من التصرّف فيه بالبيع والإجارة، إذا كان الخيار للبائع خاصّة، والمالك لا يمنع من التصرّف، فدلّ أنّ ملكه غير تامّ، فاقتضى هذا ردّ العتق. ولأنّ العتق لو نفذ لمنع من حقّ تقدّم للبائع، وهو الفسخ. وليس للمشتري أن يمنعه من حقّ استحقّه البائع بالعقد وانفرد **ابن شريح** بهذا المذهب دون الشّافعيّة. لكنّ **أبا حامد** نصره واختاره، وأشار إلى أنّ المشتري إذا كان له الخيار وللبائع أيضاً، فاختار المشتري الإجازة، فإنّ ذلك لا يمنع من الفسخ الّذي يستحقّه، لكون الخيار له، فكذلك يجب في العتق ألاّ يمنع البائع من حقّه في الفسخ، لكون العتق علماً على الإجازة. فإذا كان نفس الإجازة تمنع البائع من الفسخ، فكذلك ما هو يحلّ محلّ الإجازة، مع كون البائع غير ممنوع من حقّه في الفسخ، ولكنّه إذا وقع الفسخ لأجل حقّه فيه، صادف العبد، المفسوخ فيه البيعُ، حرّاً، لا يمكن ردّه. فيلزمه ردّ قيمته لتعدّيه في إفاتته على مستحقّه. ونحن قد كنّا قدّمنا الكلام على من اشترى أمة بعبد على أنّ الخيار له فأعتقهما معاً، وترجّحنا(1) في المسئلة، وحاولنا تخريج خلاف فيها، وإلزامَ المشتري عتق العبد والأمة جميعاً، لكون العبد تدافع فيه حكمان ردّه وعتقه، فغلّب العتق، وهذا الّذي حكيناه عن **ابن شريح** فيه إشارة إلى هذا المذهب من كون بائع العبد له ارتجاعه، ولكنّه لمّا وجده معتقاً، لم يمكّن منه، واستحقّ قيمته.

وأمّا وطء المشتري لها، والخيار له، فإنّه يرتفع الحدّ. ولو قلنا بأحد الأقوال الثّلاثة من أنّ بيع الخيار لا ينتقل فيه الملك للمشتري إلاّ عند إمضاء البيع، لأنّ وطأه وقع بشبهة، والحدود تدرأ بالشّبهات.

وقد ذكر في **للموازية** فيمن باع أمة واحتبسها بالثّمن، ثمّ وطئها بائعها، أنّ الحدّ يدرأ عنه بالشبهة، لأجل الاختلاف في كون ضمانها منه أو من

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ترجيحنا.

المشتري. ورأى أنّ هذا الإختلاف في الضّمان شبهة، مع كون الملك قد انتقل للمشتري انتقالاً محقّقاً بغير خلاف/ . فما اختلف فيه، هل هو باقٍ على ملك البائع أم لا؟ أَحْرَى أن يسقط فيه عن الواطىء لكونه قد ملك[1] من وطئه، على أحد الأقوال.

وهكذا حكى **أبو الفرج** عن **مالك** فيمن اشترى أمة بالخيار له، فوطئها البائع، أنّه لا حدّ عليه.

ولو حملت من وطء البائع الّذي وطئها، والخيار للمشتري خاصّة، أو من وطء البائع المحتبس لها بالثّمن، لجرى حكمها حكم الأمة المستحقّة/ إذا استولدها مشتريها. وقد أشار **أبو حامد الإسفراييني** إلى ارتفاع الخلاف/ في الحدّ، على الأقوال الثّلاثة في الملك في بيع الخيار، وأجرى الخلاف في الولد على حسب مقتضاها، على الطّريقة التي أريناك من تخريج الخلاف في العتق عليها.

وأمّا لو وطئها المشتري والخيار له خاصّة، فإنّه لا خلاف عندنا في أنّ ذلك رضى منه، كما قلناه في إعتاقه لها.

وبين أصحاب **الشّافعي** اختلاف في كون الوطء الواقع من المشتري رضىً بإجازة البيع أم لا؟ فذهب **أبو سعيد** منهم إلى أنّه رضىً منه كالعتق. وذهب **أبو إسحاق** إلى أنّه ليس برضى بخلاف العتق. وفرّق بينهما بأنّ الموطوءة يمكن ردّها إلى الملك، والمعتقة لا يمكن ردّها إلى الملك، فلا يعدّ وطء مشتريها بالخيار رضىً بالبيع.

ونحن كنّا قدّمنا أنّ المعتمد على ما تقتضي العوائد كونه علَما على الإجازة أو الفسخ وسَواء في ذلك البائع أو المشتري.

وأصحاب **الشّافعي** متّفقون على تسليم هذا لنا في جنبة البائع ومختلفون في المشتري. فمنهم من أجراه مجرى البائع على حسب ما صرنا نحن إليه. ومنهم من يجريه مجراه إلاّ فيما لا يمكن ردّه إلى الملك كالمعتق. وإمّا

---

(1) هكذا ولعل الصواب مكن.

يمكن[1] ردّه إلى الملك فإنّه لا يكون رضى كالوطء والبيع.

واعلم أنّ المذهب عندنا على قولين في البيع إذا وقع من المشتري بالخيار، هل يعدّ ذلك رضى منه بالإجازة، أو لا يعدّ ذلك منه رضى بالإجازة؟ كما حكاه في **المدوّنة عن ابن زياد عن مالك**: أنّه لا يبيع حتّى يختار. فإن باع فإنّ البائع بالخيار في أن يردّ بيعه أو يجيزه ويأخذ الثّمن الّذي باع به المشتري.

وأنكر **سحنون** تخيير البائع المذكور في هذه الرّواية، وإنّما سلم منها كون الرّبح الّذي يحصل للمشتري يستحقّه البائع. ولم يسلّم تمكينَه من فسخ البيع إذا أقرّ أنّه باع قبل أن يختار. وأمّا إن زعم أنّه لم يبع إلاّ بعد أن اختار، فإنّ القول قوله مع يمينه ويكون الرّبح له.

واعتلّ **ابن الموّاز** في منع المشتري من الرّبح بأنّ تمكين المشتري منه منهيّ عنه للحديث الوارد بالنهي عن ربح ما لم يضمن[2].

وقد ذكرنا عن أصحاب **الشافعي** أنّ عندهم قولين في بيع/ المشتري بالخيار، هل يكون رضى بالإجازة أم لا؟ كما حكينا الخلاف فيه أيضاً عن مذهبنا؟ وقد يهجس في النفّس أنّ الخلاف إنّما وقع عندنا في البيع، هل يكون رضى أم لا؟ لكون المبيع بالخيار ممّا يمكن ردّه بعد أن يباع، على/ حسب ما حكيناه عن بعضهم في تعليله المنع من كون الوطء رضى بخلاف العتق. وسلوك هذه الطّريقة تقتضي أن يكون عندنا اختلاف أيضاً في وطء المشتري. لكن العذر عن هذا عندي أنّ وطء المشتري لها يوجب المنع من ردّها على بائعها حتّى يستبرىء. فقد صار المشتري أحدث ما منع من ردّها، فأشبه ذلك العتق المتّفق على أنّه رضىً لكونه مانعاً من الرّدّ. وإن كان العتق يمنع من الرّدّ منعاً مؤبّداً، والوطء يمنع منه منعاً مؤقّتاً، وقد يكون مؤبّداً إن حملت من الوطء.

وهذا المنع يوجب غرامة ما منع المتعدّي من تمكين مالكه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وأمّا ما يمكن.

(2) الطبراني عن حكيم بن حزام فيض القدير ج6 ح 9480.

كما أنّه أيضاً يقال في الإعتراض على الشّافعيّة: إنّهم يرون أنّ الزّوج إذا طلّق طلقة رجعيّة، فإنّ وطأه لا يكون ارتجاعاً. وهم مختلفون في وطء المشتري بالخيار، هل يكون رضى أم لا؟ فيعتذرون على أحد القولين، والوطء لا يمكن الإشهاد عليه، والله سبحانه قد أوجب الإشهاد، فاقتضى هذا أنّ ما لا يمكن الإشهاد/ عليه لا يكون ارتجاعاً. ووطء المشتري بالخيار لم يرد في الشّرع إباحته، مشترطاً في الإباحة الإشهاد عليه. فلهذا حسن الخلاف فيه عندهم، ولم يحسن في وطء المطلق.

وممّا أيضاً يقع الاعتراض فيه ها هنا أنّ المشتري إذا اشترى عبداً بالخيار فأزوجه، فإنّ **ابن القاسم** جعل هذا رضى بالإجازة للشّراء. ولم يجعله **أشهب** علماً على الإجازة، إذا حلف المشتري أنّه لم يرض بالشّراء.

والفرق بين المسئلتين أيضاً أنّ المشتري للأمة لمّا زوّجها. كان الحكم إذا فسخ النّكاح منع سيّدها منها حتّى تستبرىء من وطء الزّوج. والمنع من ردّها يوجب غرامة قيمتها. بخلاف العبد الّذي يردّ إلى سيّده على الفور.

إلى هذا الفرق أشار **أبو القاسم بن الكاتب**. وهو إنّما يتصوّر إذا دخل بها الزّوج. لكنّه قد يقال: وإن لم يدخل بها الزّوج، فإنّ المشتري مكّنه من الدّخول لمّا زوّجه، والتّمكين من الدّخول يتضمّن المنع من ردّها فجرى العقد عليها للنّكاح مجرى الوطء لمّا كان يتضمّن الوطء.

وقد قيل: إنّ الفرق بين العبد والأمة أنّ العبد يحلّ عن نفسه بالطّلاق، والأمة لا قدرة لها على حلّ هذا العقد، فصار مشتريها أحدث مانعاً على التّأبيد. وقد قيل: إنّ نكاح العبد كاشتراء متعة له، وهذا لا يقدّر رضى بالإجازة. وإنكاح الأمة بيع لمنافع/ فرجها، والبيع علم على الرّضى،/ لا سيما مع كون نكاحها لا ينعقد إلاّ بإذن مالكها، فلمّا زوّجها المشتري. وفعل فعلاً لا يفعله إلاّ المالك، عدّ ذلك رضى منه.

وعندنا قولان أيضاً في رهن المشتري بالخيار ما اشتراه أو إجارته. فعدّ

ابن القاسم ذلك رضى بالإجازة. ولم يجعله **أشهب** رضى بالإجازة، إذا حلف المشتري أيضاً على أنّه لم يرض.

وكذلك تزويج العبد عند **ابن القاسم** رضى. وليس هو رضى عند **أشهب** بعد أن يحلف أيضاً.

وكذلك اختلف **ابن القاسم وأشهب** أيضاً في السوم بالعبد وإسلامه للكتاب أو الصناعة. فقال **ابن القاسم** إنّ ذلك رضى، وقال **أشهب** ليس برضى. وروي عنه أنّه استحلفه على أنّ هذه الأمور الّتي ذكرناها ليست برضى، كما استحلفه فيما قدّمناه من تزويج العبد وإجارته ورهنه. وفي بعض الرّوايات عنه ما ظاهره أنّه قصر اليمين على تزويج العبد وإجارته ورهنه.

وأمّا الجناية على العبد فإن كانت خطأ. فليستَ برضى. وإن كانت عمداً فجعلها **ابن القاسم**، أيضاً، علماً على القصد، يكون من المشتري رضىً بالقبول، ومن البائع رضى بالفسخ.

فأمّا جناية الخطإ فواضح أنّها لا تكون علماً على القصد، لأنّ وصفها بكونها خطأ ينافي وصفها بالقصد إلى كونها علماً على سخْط أو رضى. لكن روي عن **ابن القاسم** أنّه استحلفه في الخطإ. وإنّما استظهر عليه باليمين في هذا لإمكان ألاّ يكون.

وأمّا جناية العمد، فإنّ **أشهب** يقدّر أنّه قد (سقط عليها الغيظ)[1] من غير أن يخطر بالبال إمضاء المبيع أو ردّه. وقدّر **ابن القاسم** أنّه حين الجناية، وهو عالم أنّ ذلك لا يفعله إلاّ المالك، كالقصد إلى جعل الجناية علماً على القصد.

وإذا وقعت من المشتري جناية، أتت على نفس العبد أو عابته عيباً مفسداً، فإنّ **ابن القاسم** قال: إنّه يضمن الثّمن. وقال **سحنون**: إنّه يضمن القيمة.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قد سلطها عليه لغيظ.

وهذا الخلاف في جناية الخطإ، أو جناية العمد، على الخلاف أنّها ليست بعلم على الرّضى. أمّا إذا قيل/ إنّها علم على الرّضى، فإنّ الواجب الثّمن، لأنّ المشتري إذا رضي بالقبول لزمه الثّمن وصار جانياً على ملكه. وقد قيل: إنّ مراد **ابن القاسم** بإلزامه الثّمن، القيمة، كما قال **سحنون**. وهذا لا يقتضيه ظاهر قوله، بل اسم القيمة تدلّ على مقدار ما يساوي الشّيء المقوّم. والثمن يدلّ على ما وقع التّراضي بكونه عوضاً.

وقال بعض المتأوّلين: لعلّه إنّما ألزم الثّمن لمن رضي بالقبول قبل أن يجني. وهذا تأويل فيه تعسّف.

وقد اختلف المذهب عندنا فيمن استهلك/ سلعة وقفت على ثمن، هل يضمن الثّمن الّذي وقفت عليه أم لا؟ ولكن بعض أشياخي أنكر تخريج الخلاف في الجناية على ما اشترى بالخيار على الخلاف في مستهلك سلعة وقفت على ثمن/. وأشار إلى أنّ المراد بقوله: وقفت على ثمن، ما تمالأ عليه جماعة من المشترين حتّى صار ذلك كالعاطل[1]. وهذا الّذي أشار إليه لا يمنع أيضاً من أن يجري البائع بالخيار على ثمن سمّاه مجرى الممنوع بإتلاف المشتري ما اشتراه منه، لأنّه إذا باع السلعة بالخيار له بثمن التزمه مشتريها منه فأتلفها مشتريها منه، فإنّه قد منع البائع بإتلافه ممّا كان من حقّ البائع أن يلزمه إيّاه.

ولو كانت الجناية من البائع والخيار له وقبل البائع العبد، فلا مطالبة للمشتري عليه، لأنّه كان قادراً على فسخ البيع ومنع المشتري من المبيع.

فإذا كان الخيار للمشتري، والقتل خطأ وقع من البائع، فلا مطالبة للمشتري عليه، لأنّ المشتري لم يتقرّر له الملك فأتلفه عليه البائع فيطالب متلفه بما أتلف. لكن لو كان قتله البائع له عمداً وقيمة العبد أكثر من الثّمن، لكان من حقّ المشتري أن يطالبه بزيادة القيمة على الثّمن، لكونه له عليه أن يوفّيه بما باعه منه، ويمكنه من قبضه. فإذا منعه من التمكّن منه والقبض، صار كالغاصب له.

---

(1) كلمة غير واضحة.

والغاصب يضمن ما غصب.

وإن كانت الجناية من المشتري، فقد تقدّم الكلام عليها خطؤها وعمدها.

وإن كانت من أجنبيّ أخذ[1] لها أرش، فإنّ المشهور من المذهب أنّ الأرش للبائع لكون الملك لم يتحقّق خروجه من يده، فعِوَض ما تلف منه عائد إليه. وإذا كان ضمان هذا المبيع منه، كان له نماؤه وعليه نقصانه.

وذهب **ابن حبيب** إلى أنّ الأرش للمشتري إذا أُمضِي له البيع، بناء على ما قدّمناه من الخلاف في كون بيع الخيار معقوداً حتّى يُحَلّ بالفسخ، أو مترقّبا، فإذا وقعت الإجازة قُدِّر كأنّ العقد لم يزل مجازاً من وقت التّراضي. ولكنّ هذا التّخريج يقتضي أنّ العبد إذا مات في أيّام الخيار فأجيز البيع بعد موته فإنّ ضمان العبد من المشتري، لأنّه يقدر أيضاً كأنه مات بعد حصول انعقادٍ منبرمٍ. ولكن هذا لم يذكره **ابن حبيب** ولا صار إليه، وكأنّه قدّر أنّ هذا الإختلاف في كون بيع الخيار منعقداً أو غير منعقد أو مترقّباً إنّما يتصوّر مع بقاء عين المبيع ووجود الغرض فيه، فإذا صار عدَماً لم يكن هناك شيء يخيّر فيه/ . ولعلّ **ابن القاسم** سلك هذا المعنى في قوله: إنّ أرش الجناية للبائع؛ لأنّها أيضاً ثمن عضو قد عُدِمٍ. وعلى مقتضى هذا قال الأشياخ: لو كان الخيار للمشتري وجنى جناية خطأً ثمّ قَبِل المشتري، فإن أرش الجناية للبائع، ويكون المشتري كأجنبيّ في هذا، لما قدّمناه من التّعليل. هكذا نصّ عليه **ابن الكاتب** وغيره من الأشياخ.

هذا حكم الجناية على/ العبد في أيّام الخيار.

وأمّا لو كان العبد المبيع بالخيار هو الجاني، فإنّ لسيّده/ أن يُسلِمه. فإن أسلمه والخيار له، عدّ ذلك ردّاً للمبيع. وإن افتداه عاد العبد إلى ما كان عليه من الخيار لبائعه في أن يمضي البيع على المشتري أو يفسخه. لكنّه إن كانت الجناية عمداً صار ذلك عيباً في العبد المبيع، وللمشتري أن يمتنع من القبول لحدوث هذا العيب.

---

(1) هكذا... ولعل...: وأخذ.

وأمّا إن كان الخيار للمشتري وافتداه سيّده، فإنّ المشتري باقٍ على خياره في أن يقبل العبد أو يردّه، كحكم ما قدّمناه في العيوب الحادثة في أيّام الخيار.

وإن أسلمه سيّده، والثّمن أكثر من قيمة الجناية، فإنّ للمشتري أن يدفع الثّمن فيأخذ منه المجنيّ عليه قيمة جنايته، ويكون ما فضل من الثّمن لسيّد العبد. وليس لسيّد العبد أن يمنع من ذلك لكونه في منعه من ذلك مسقطاً لما ثبت من حقّ المشتري في القبول للمبيع، ومضرّاً بنفسه في إبطال دنانير يأخذها، وهي ما فَضُل عن قيمة الجناية، ولا غرض صحيح في الامتناع من هذه الفضلة من الثّمن.

والجواب عن السؤال العاشر أن يقال: إذا ولدت الأمة الّتي اشتريت بالخيار، فإن اختير الفسخ، بقي الولد تبعاً في الملك لأمه. وإن اختير إمضاء العقد، ففي المذهب قولان.

مذهب **ابن القاسم** أنّ الولد للمشتري الّذي أمضى عليه العقد في الأمّ.

ومذهب **أشهب** أنّ الولد للبائع.

لكنّه ذكر في **المدوّنة** أنّ المتعاقدين يؤمران بأن يجمعا بين الأمّ وولدها. فإن لم يفعلا نقض البيع.

واختلفت إشارة المتأخّرين في تأويل قوله: يجمعان بينهما. هل المراد جمعهما في ملك أو حوْز؟ وهذا يبيَّن أصلُه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وقد اختلف أيضاً في فسخ هذا البيع لأجل التّفرقة. فقيل بفسخه. وقيل: هذا لا يفسخ، لأنّ أصل البيع كان جائزاً لم يعقد على التّفرقة. ويقدح في هذا التّعليل بأنّ الحامل إذا كانت على الولادة، والمتعاقدان يعلمان أنّ الولد للبائع، صار كمن عقد على التّفرقة.

وقد عارض **ابن أبي زمنين** هذه المسئلة بأن قال: الحامل مريضة وبيع المريض لا يجوز عند أصحاب **مالك**. وأشار إلى أنّه يمكن أن يكون ما/ وقع

من هذا الإختلاف، الّذي ذكرناه، محمولاً على أنّ هذه الأمة لم يعلم بحملها حين العقد.

وهذا الّذي اعتذر به فيه بعد، ولا يكاد يخفى حمل امرأة قبل ولادتها بيومين أو ثلاثة إلاّ في صورة نادرة.

وهذا الّذي ذكره **ابن أبي زمنين** من كون أصحاب **مالك** يمنعون من بيع المريضة، والحاملُ مريضة. وقد ذكر **إسماعيل القاضي في المبسوط عن عبد الملك بن/ الماجشون** أنّ الحامل إذا جاوزت ستّة أشهر. جازت عطيّتها في الثّلث، كالمريضة. ومنع من بيعها إن كانت أمة كما يمنع من بيع المريض المدنف. وسنبسط الكلام على حكم الحامل في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأمّا سبب الإختلاف في كون الولد للبائع أو المشتري، فإنّه يلتفت فيه إلى أصلين، أحدهما: هل للحمل حصّة من الثّمن أم لا حصّة له من الثّمن؟

فإن قلنا: إنّ له حصّة من الثّمن، فينبغي ألاّ يختلف في كونه للمشتري. لأنّه إذا كان له حصّة من الثّمن، صار المشتري كأنّه دفع الثّمن عن سلعتين، وهما الأمّ وجنينها. ومن اشترى بثمن واحد سلعتين فلا يقال: إنّ إحداهما تبقى للبائع. واستدلّ من قال: إنّ له حصّة من الثّمن، بأنّ اللّبن المغيَّب في الضّرع له حصّة من الثّمن، ألا تراه ﷺ حكم في المصراة **إذا ردّت أن يردّ معها صاعاً من تمر عوض لبنها** [1]، لكون/ اللّبن الّذي في الضّرع يجب أن يردّ للبائع إذا ردّت عليه، وما حدث بعد ذلك فهو للمشتري. فلمّا اختلط ما يجب ردّه وما لا يجب، عوّض عن الجميع بصاع من تمر.

وإن قلنا: إنّ الحمل لا حصّة له من الثّمن، كيَدِها أو رجْلها أو سمنها، فإنّه يجري حكم الولد على ما تقدّم من الاختلاف في بيع الخيار، هل هو محلول حتّى يعقد بالإجازة؟ فيقتضي هذا كون الولد للبائع، لأنّ البيع إنّما انعقد بعد انفصال الولد عنها، فلم يشتمل العقد عليهما كما لم يشتمل على بيع أمة

---

(1) حديث مشهور متفق عليه. الهداية: 7: 332 ـ 333.

أخرى للبائع. وإن قلنا: إنّه معقود حتّى يحلّ بالفسخ أو إنّه مترقَّب، حسن ها هنا أن يكون للمشتري، لأنّه حدث بعد انعقاد البيع له.

وقد أشار بعض أشياخي إلى أنّ هذه الجارية المبيعة بالخيار لو كانت عَلِيّة، فإنّ للبائع مقالاً في هذا النّماء الحادث في أيّام الخيار، وذلك أنّ حملها عيب، فإذا وضعت زال هذا العيب، وزواله في الخيار كنماء حادث، والنّماء الحادث للبائع، كما أنّ النّقص عليه على ما سننبّه عليه إن شاء الله تعالى/ .

وقد يقال في[1] أنّ هذا النّماء ليس كالحادث لأنّهما حين العقد يظنّان أنّه يحصل بخلاف نماء حادث لم يخطر ببالهما حين العقد. وقد ذكرنا فيما قدّمنا المعتمد في اعتبار ما يكون رضى، وبسطنا القول في فروع هذا الباب.

وقد قال **سحنون**: كلّ ما كان إذا وقع من المشتري كان علماً على القبول، فهو إذا وقع من البائع، والخيار له، كان علماً على الرّدّ.

وهذا فيه نظر، لأنّ المشتري إذا اشترى بالخيار فأجّر المبيع، أو رهنه إلى انقضاء مدّة الخيار، فإنّ هذا قد لا يعدّ منه علماً على القبول. وقد ذكر **سحنون** أنّ الغرس والبناء/ والهدم عَلم أيضاً على المقاصد إذا فَعَل ذلك من له الخيار. وإن فعله من المتعاقدين من ليس له الخيار، فإنّه إذا انحلّ العقد بالفسخ أعطى قيمة بنائه منقوضاً لتعدّيه في البناء. ولم يجعل كون العقد والخيار لغيره، ويمكن أيضاً أن يمضَى عليه ـ شبهةً توجب إعطاءَه قيمة البناء قائماً، لا سيما عند رأي أنّ بيع الخيار معقود حتّى يحلّ بالفسخ.

والجواب عن السؤال الحادي عشر أن يقال: إذا اختلف المتبايعان بالخيار فقال أحدهما: تعاقدنا على البتّ، وقال الآخر: بل على أنّ الخيار لي. فقال **ابن القاسم**: القول قول مدّعي البتّ. وقال **أشهب**: القول قول مدّعي الخيار.

وهذا الإختلاف بين المذهبين راجع إلى أصل معروف اختلف فيه **ابن القاسم وأشهب**.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف حرف الجرّ أو إتمامه بـ هذا.

وذلك أنّ ابن القاسم يبعض الجُمَل، وإن سيقت في سياق واحد، فيعطي الجملة الأولى حكم نفسها. وإذا فعل ذلك فقد تصير الثّانية كالرّجوع عمّا تضمّنته الأولى. فإذا قال: بعتك هذا الثّوب، فإنّ هذه الجملة ظاهرها أنّها تستقلّ في بتات البيع. فإذا قرن بها جملة ثانية فقال: وشرطي في الخيار، صار ذلك كدعوى رفع بها حكم الأوّل فلا يقبل منه.

وقدّر أشهب أنّ الفائدة والعلم بالمقصد إنّما يحصل بعد استيفاء المتكلّم جميع الجمل. فإذا فرغ منها حكم عليه بما اقتضاه مجموعها، لأنّه لم يقرّ إلاّ على صفة أو شرط، فلا يؤخذ بأكثر ممّا أقرّ به. فإذا قال: بعتك وشرطت الخيار، لم يتضمّن هذا الإقرار أكثر من عقد بخيار. فلا يقدّر أنّه صار مقرّاً/ مدّعياً.

وهذا مثل اختلافهما في قول رجل: أخذت منك هذا المال وديعة؛ وقال الآخر: بل أسلفتك إيّاه. فإنّ ابن القاسم يقدّر أنّ إقراره تضمّن تسليم ملك ما أخذ للمقرّ له. فإذا سلّم ذلك، صار مُدَّعىً عليه أنّه ائتمنه عليه. فلا يقبل دعواه ما يرفع حكم تسليم الملك للمقرّ له.

وقدّر أشهب أنّه لم يقرّ له بتسليم الملك مطلقاً، بل على صفة، وهو كونه سلم ملكه إليه مؤتمناً عليه.

ولم ينقل عنهما اختلاف فيمن قال: عندي لك دين وقضيتك إيّاه. لأنّ هذه الجُمل يترتّب بعضها على بعض في حكم العقل، فيترتّب أيضاً في حكم الشّرع. وذلك أنّه معلوم أنّ القضاء للدّين لا يكون إلاّ بعد استقراره في ذمّة، وإذا استقرّ في الذّمّة، فحينئذ يمكن قضاؤه. فيصير[1] المقرّ قد تضمّن إقراره بدين ترتّب في الذّمّة، ثمّ يدّعي أنّه قضاه بعد ذلك فلا يقبل منه، كما لو أقرّ بدين، إقراراً مطلقاً، ثمّ زعم بعد مدّة أنّه قضاه. وهذا تبسط فروعه في موضعه إن شاء/ الله تعالى.

(1) في المدنية: فيكون.

ولو كان اختلافهما بأن ادّعى كلّ واحد منهما الخيار لنفسه دون صاحبه، فإنّه اختلف في ذلك أيضاً.

فقيل: يتحالفان، ويحكم لمن أراد إمضاء البيع دون من أراد ردّه.

وقيل: يتحالفان، ويحكم لمن أراد ردّه دون من أراد إمضاءه.

وقال **ابن الموّاز**: القول قول من أراد إمضاء البيع.

وهذا الإختلاف راجع إلى ما قدّمناه، هل يقبل قول من ادّعى البتّ؟ فيقضى ها هنا لمن أراد الإمضاء على طريقة **ابن القاسم**. وإليها أشار **ابن الموّاز**، لأنّ من أراد الإمضاء، صار كمدّعي البتّ. لكن **ابن الموّاز** لمّا رأى أنّ أحد المتبايعين إذا ادّعى الخيار، وادّعى الآخر البت، فإنّ مدّعي البت يصدق مع يمينه عند **ابن القاسم**، ولا يستحلف مدّعي الخيار إذ لا فائدة في يمينه، إذا حلف مدّعي البتّ، أجاب ها هنا بأنّ الإقتصار على تحليف مدّعي الإمضاء خاصّة.

وقد أشار بعض حذّاق الأشياخ إلى أنّه لا وجه لما وقع ها هنا من أنّهما يتحالفان.

وعلى طريقة **أشهب** يكون القول قول من أراد الرّدّ، لأنّه إذا اختار الرّدّ، صار حين اختياره كمدّعي انعقاد البيع على خيار، ومن ادّعى انعقاد البيع على خيار لم يؤخذ عنده بأكثر ممّا أقرّ به، لأجل ما قدّمناه، لا سيما إذا قلنا: إنّ بيع الخيار محلول حتّى يعقد بالإمضاء، فإنّ هذا يقتضي أنّ مدّعي الخيار ما أقرّ ببيع، ولا عقد قطُّ، فلا تقبل دعوى أخرى عليه في ذلك. والّذي أشار إليه بعض الأشياخ من كون استحلافهما جميعاً لا وجه له. وأشار إلى أنّه يمكن أن يراد بالقول: يتحالفان، أنّ أحدهما يحلف، ولكن لمّا كانت يمينه باستدعاء صاحبه، وباختلاف وقع بينهما فيما اتّفقا على ثبوته واختلفا في محمله وهو الخيار، صارت يمين أحدهما يحسن العبارة عنها بالتّحالف.

وهذا تأويل فيه تعسّف. فإن كان ما قيل من أنّهما يتحالفان أريد به أنّ تحالفهما يقع بعد سماع قول أحدهما: ردَدْتُ؛ وقول الآخر: أمضيت، فإنّه لا وجه له/ . وأمّا إن لم يقل واحد منهما ما عنده من ردّ أو إمضاء وقال: لا أبوح بما عندي إلاّ بعد أن أعرف هل القول قولي، فأحلف عليه أو أردّ اليمين فيه. أو القول قول صاحبي، وإنّما أحلف إذا نكل؟ فهذا يمكن أن يتصوّر فيه غرض يقتضي تحالفهما.

هذا قصارى ما يمكن عندي أن تصرف إليه الرّوايات.

والجواب عن السؤال الثّاني عشر أن يقال: الأصل الّذي يعتبر فيه حكم ما يضمن وما لا يضمن ممّا اختلف النّاس/ في ضمانه من هذه المعاني، كالرّهان والعواري وما يصنعه الصّنّاع، إلى غير ذلك ممّا في معناه، سنبيّنه في موضعه إن شاء الله تعالى. ولكن نشير ها هنا إليه/ . فاعلم:

أنّ الوديعة متّفق على أنّه لا يضمنها من هي في يديه، لكون الملك لم ينتقل فيها إلى من هي في يديه، ولا قبضها من هي في يديه لمنفعة نفسه، بل لمنفعة ربها.

والمبيع بالخيار يعرض على هذا الأصل.

وقد ذكرنا ما وقع من الإضطراب في بيع الخيار، هل هو محلول حتّى يعقد؟ أو معقود حتّى يحلّ؟ وكيف جرت الحال فإنّ الملك لم ينتقل فيه انتقالاً تامّاً، ولكن يجب أن ينظر فيه من ناحية المنفعة فيه لمن تحصل. فإذا تقرّر هذا الأصل فاعلم:

أنّ المذهب أنّ السلعة المبيعة بالخيار إذا كانت في يد البائع فإنّ ضمانها منه، سواء كان الخيار له أو للمشتري أو لهما جميعاً. لأنّها إذا كانت في يديه وقلنا: إنّ عقد الخيار لا يقدّر عقداً إلاّ حين إمضائه، ولا ينقل ملكاً، فإنّه يتّضح كون الضّمان منه لتلف ملكه في يديه. وكذلك إن قلنا: إنّه منعقد حتّى يفسخ، فإنّه أيضاً لا يقتضي هذا الملكَ التّامّ للمشتري، وإذا لم يكن الملك تامّاً، بقي

الملك على ما كان عليه، فيكون ضمانه من صاحبه.

وأمّا إن كان المبيع بالخيار في يد المشتري والخيار له، فإنّ المذهب أنّ ما يغاب عليه يكون ضامناً له. ولا يصدق في ضياعه إذا لم تقم له بيّنة على ذلك.

فإن قامت له بيّنة بضياعه فذلك على قولين، فعلى أصل **ابن القاسم** يسقط الضّمان إذا قامت البيّنة، لكون الأصل سقوط الضّمان عن المشتري لأجل ما قدّمناه. وإنّما ضمن ها هنا للتّهمة أنّه أخفى المبيع وادّعى ضياعه مع كون هذا المبيع في يديه لمنفعة نفسه، وكون البيع فيه منعقداً حتّى يفسخ على أحد الطّرق.

وأمّا إن كانت السلعة في يد المشتري، والخيار للبائع خاصّة، فالمشهور من المذهب أيضاً أنّ المشتري ضامن لما يغاب عليه، لكون ذلك في يديه على جهة البتات، والعقد اللاّزم له الّذي لا قدرة له على حلّه.

/ وذهب **ابن كنانة** إلى أنّ الضّمان ها هنا من البائع. وكأنّه قدّر أنّ المنفعة في إيقاف هذا المبيع للبائع خاصّة دون المشتري، لأنّ المشتري قد قبض السلعة على أنّ ثمنها لازم له لا إنفكاك له منه إذا شاء البائع، فوقفه البائع عن التّصرّف فيها كما يتصرّف المالك، والانتفاع بها لمنفعة نفسه في تدبير رأيه في إمضاء البيع أو ردّه، وقد قدّمنا أنّ الضّمان تعتبر فيه المنفعة لمن هي، فيكون الضّمان منه، على حسب ما تقدّمت الإشارة إليه. فهذا سبب الخلاف الّذي وقع في المذهب في هذا الوجه الّذي عقد فيه الخيار للبائع خاصّة، وقد قبض المشتري السلعة.

وإذا علمت حكم ضمان الرقبة المبيعة كلّها، فإنّك تعلم من ذلك ضمان/ أجزائها. فإذا باع أمة على أنّ الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما جميعاً، وكان ضمانها من المشتري إذا قبضها على حسب ما قدّمناه، اقتضى هذا أنّه إن حدث بها عيب في أيّام الخيار فإنّ مصيبة هذا العيب من البائع، كما لو ماتت الأمة.

كانت مصيبتها منه. لكن يكون للمشتري الخيار في ردّها بهذا العيب، لكونه في ضمان البائع كما بيّناه. فصار كعيب بالجارية سبق العقدَ فإنّ له الرّدّ به. فإن رضي به المشتري ثمّ اطّلع على عيب قديم بعد إمضاء البيع، فإنّ له الرّدّ به، لكونه وقع العقد على أنّ المبيع سالم منه، وليس له أخذ قيمته كما سنبيّن في كتاب الرّدّ بالعيب هذا، إن شاء الله تعالى.

ولو حدث عنده عيب مفسد واطّلع على هذا العيب القديم، لجرى الأمر فيه على ما سنبيّنه من كونه بالخيار بين أن يأخذ قيمة العيب، أو يردّ الأمة ويردّ ما نقَصَ من ثمنها هذا العيب الحادث عنده. فإن اختار أخذ قيمة العيب قوّمت على أنّها بعيب الخيار، لكون العقد إنّما أمضي بعد الإطّلاع عليه والرضا به، فصار كمن اشتراها سليمة، فيقال: ما قيمتها بالعيب الحادث في أيّام الخيار؟ فإن قيل: مائة، قيل: ما قيمتها بالعيب القديم؟ فإن قيل: ثمانون؛ فقد تبيّن أنّ البائع أمسك مقدار خمسها، لكون العشرين من المائة خمساً. فينظر إلى الثّمن الّذي عقد به، فإن وجدناه مثلاً خمسين ديناراً، حطّ عنه من الخمسين ديناراً خمسها، لأنّ البائع إنّما أمسك له ما هو عوض عن خمس الثّمن الّذي وقع العقد به. وإنّما رجعنا إلى القيمة حين العقد[1] البيع بذهاب أيّام الخيار، وبخروجها عن المواضعة إن كانت عليه، ليستدلّ بذلك على خمس الثّمن الّذي تراضيا به، لكونه قد يكون فيه غبن على البائع أو المشتري.

وإن أراد أن يردّ ويردّ ما نقص. زدنا قيمة ثالثه، فقلنا: وكم تساوي إذا أضفنا إلى ما تقدّم هذا العيبَ الحادثَ عند المشتري؟ فإن قيل: ستّون ديناراً، فقد علمنا أنّه قد نقصها العيبُ الحادث عنده ربعَ ما حصل/ في يديه منها، ما يقابل الثّمانين ديناراً، والعشرون منها ربعها. وهي أيضاً خمس آخر من المائة، الّتي هي مبدأ التّقويم. فيكلّف المشتري أن يردّ معها مقدار خمس الثّمن كلّه أو مقدار ربع ما حصل عليه من الأمة، وذلك عشرة دنانير. فإذا اختار أخذ القيمة

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: انعقد.

عوضَ العيب القديم كان عوضُ هذا العيب عشرة دنانير من الخمسين ديناراً. وإن اختار أن يردّ ويردّ ما نقص عنده العيب الحادث/ ، ردّ أيضاً عشرة دنانير وهي ربع الأربعين ديناراً الّتي كانت تستقرّ عليه إذا رجع بقمية العيب. وهي أيضاً خمس الثّمن المتّفق عليه عند العقد.

ولو عقد بيع هذه الأمة المبيعة بالخيار عقداً فاسداً، لأجل اشتراط النّقد، أو لغير ذلك ممّا في معناه، فإنّ الثّمن المتّفق عليه ساقط، ويجري الأمر فيها مجرى البيوع الفاسدة. فيفسخ البيع إن كانت قائمة، لم يحُلْ سوقها، ولا حدث عند المشتري عيب. فإن حال سوقها كان المشتري بالخيار بين أن يرضى بالعيب القديم الّذي اطّلع عليه، فتلزمه قيمتها يوم مصير مصيرها في ضمانه وقبضه لها. فيقال: ما قيمتها بالعيب الحادث في أيّام الخيار؟ وبالعيب القديم الّذي اطّلع عليه المشتري بعد إمضاء الشّراء؟ فما قيل: إنّه قيمتها، لم يكن على المشتري أكثر منه، فإن شاء أن يردّها بالعيب القديم، كان له ذلك، لأنّ الرّدّ بالعيب لا يفتيه حوَالة الأسواق. هذا مذهب **سحنون**.

وذهب **ابن القاسم وأشهب** إلى أنّه إذا أسقط حقّه في القيام بهذا العيب القديم، وقام بحكم البيع الفاسد، فإنّه يلزمه قيمتها بعيب الخيار خاصّة، لكونه لما قدر على الرّدّ بالعيب القديم فعدل عن ذلك إلى إسقاط حقّه فيه، صار كالرّضا به، وكأن العقد وقع على الرّضا به، فتلزمه قيمة الأمة سالمة منه لكونه كالرّاضي به. وإذا قرّرناه كالرّاضي به، صار كعيب حدث/ ، فإذا ألزمناه القيمة، فإنّما تقوم سالمة من العيب الذي حدث عنده. ولو أسقطنا عنه في التّقويم هذا العيب الّذي حدث عنده، لكنّا كمن قضى بأخذ قيمة العيب الّذي يطّلع عليه المشتري في البيع الصحيح ولم يحدث عنده عيب، لأنّ حطيطة مقداره من القيمة كحطيطة مقداره من الثّمن الّذي عقد به البيع الصحيح.

فإذا تقرّر حكم الضّمان في البيع الصحيح وحكم العيوب الحادثة في أيّام الخيار في البيع الصحيح أيضاً، وحكم ما حدث من العيب في البيع بالخيار إذا

عقد على فساد، فإنّ إشارة الأشياخ اختلفت في ضبط المذهب في ضمان الأمة المبيعة على خيار بشرط النّقد.

فأشار بعضهم إلى أنّها إذا هلكت السلعة المبيعة بشرط النّقد في بيع الخيار، ولم تذهب أيّام الخيار، فإنّ المذهب لم يختلف في كون ضمانها من البائع، لأنّه إذا كان ضمانها من البائع في بيع الخيار المعقود على الصحّة، فأحرى أن يكون ضمانها من البائع في البيع الفاسد، لكون العقود الصحيحة توجب ضمان المشتري ما لا توجب العقود الفاسدة، كما تقدّم بيانه في موضعه.

وإنّما اختلف المذهب فيمن اشترى سلعة بالخيار، وضرب للخيار مدّة يجوز أن تضرب في عقد الخيار، فإنّ هذا قيل فيه: إنّ الضّمان من البائع، لما قدّمناه من التّعليل، وقيل: بل الضّمان فيه للمشتري. وأشار **ابن سحنون** إلى التّفرقة بينه وبين فساد بيع الخيار لأجل ما قارنه من شرط النّقد، لم [1] يفسد من قبل ذاته، ولكن من قبل امرىء [2] آخر ضامّه، فلا يسري فساد ما ضامّه إليه، ويبقى على أحكام الخيار الصّحيح في كون الضّمان من البائع.

وأمّا ما اشترط فيه من الخيار أمد بعيد، فإنّ الخيار فسد من ذاته ليس من جهة معنى آخر سار إليه الفسادُ منه.

فإن فسد من ذاته، صار لا حكم له، وإذا لم يكن له حكم، صار المبيع بِيعَ بيعاً فاسداً من غير خيار، فيضمن بالقبض على حسب ما توجبه أحكام البياعات الفاسدة.

وهذا الّذي بسطناه نحن ممّا أشار إليه **ابن سحنون** يظهر وجهه على طريقة من يقول: إنّ من اشترط النّقد في بيع الخيار إذا أسقط مشترط النقد شرطه، صحّ العقد، كما يصحّ إذا أسقط مشترط السلف شرطه في البيع الّذي عقد على

---

(1) كذا بالنسختين، ولعل الصواب: فلمْ.
(2) كذا بالنسختين، ولعل الصواب: أمْر.

سلف، لكون الفساد لم ينصرف إلى الثّمن ولا المثمون والعقد، بل لمعنى آخر. فكذلك يكون حكم هذا الفساد باشتراط النّقد في الخيار.

واعلم أنّه لو تنازع المتبايعان في الأمد الّذي هلك فيه المبيع في أيّام الخيار، فيقول البائع: هلكت السلعة بعد إمضاء العقد، فلا ضمان عليّ. ويقول المشتري: بل هلكت قبل إمضاء العقد، فلا ضمان عليّ. فإنّ القول قول البائع لكون المشتري يدّعي حلّ العقد الّذي كان بينهما.

وتأوّل هذا ابن أبي زيد على أنّ أيّام الخيار انقضت، واختلفا بعد انقضائها. وأمّا إن لم يتّفقا على انقضائها، فإنّ القول قول المشتري لكون البيع لم ينعقد. وسنبسط الكلام على هذا في كلامنا على اختلاف المتبايعين في موت العبد في أيّام العهدة.

وإذا ادّعى المشتري ذهاب العبد بالإباق، أو غير ذلك من الحيوان الّذي لا يغاب عليه، فإنّه يصدق في ذلك إذا لم يتبيّن كذبه.

بخلاف/ الموت إذا ادّعاه وهو بموضع لا يكاد يخفى، فإنّه لا يقبل قوله إلاّ أن يصدقه من حضر من العدول. واستظهر ابن حبيب عليه باليمين أنّ العبد ما أبق إلاّ قبل أن يختار إمضاء العقد. فإذا حكمنا بتصديق المشتري في دعواه الإباق، إذا لم يتبيّن كذبه/ ، فإنّه أيضاً يستظهر عليه باليمين على صحّة ما قال.

وذهب بعض الأشياخ إلى أنّه يستحلف في هذا المتّهم وغير المتّهم. وكذلك في دعوى ذهاب ما يستعار ممّا لا يغاب عليه، أو يستأجر، فإنّه يستحلف المتّهم وغير المتّهم، لكون هؤلاء إنّما قبضوا ما قبضوه لمنفعة أنفسهم، وقد/ تعرّضوا للضّمان. بخلاف ما قيل في الوديعة من التّفرقة بين المتّهم وغير المتّهم، في كون من لا يتّهم لا يستحلف على الضّياع، لكونه أؤتمن على ما قبضه قبضاً لا منفعة له فيه مع كونه بعيداً من الخيانة، فلهذا أسقط عنه اليمين. وسنبسط نحن هذا في موضعه إن شاء الله تعالى. كما أنّا نذكر

ها هنا سؤالاً ذكره في **المدوّنة** في كتاب بيع الخيار. ونبسط ما تعلّق به في موضعه إن شاء الله تعالى.

وذلك أنّه ذكر في **المدوّنة** فيمن باع رقيقاً أو غنماً على أنّه بالخيار إلى أن ينظر إليها فيرضاها أو يردّها. فذكر أنّه إذا نظر إلى بعضها وسكت، ثمّ استوفى النّظر إلى جميعها. وقال: لا أرضى، فإنّ البيع لا يلزمه.

وذكر في الطّعام إذا نظر إلى بعضه فرضيه، ثمّ نظر إلى بقيّته فقال: لا أرضى، فإنّه تلزمه البقيّة إذا كانت على صفة ما رءاه فرضيه. لأنّ قوله لمّا رأى البعض: رضيتُه، وقد عقد على الكلّ، فإنّ قوله هذا كالنّطق بأنّه رضي بالكلّ. ويعدّ قوله بعد هذا ندماً منه.

وأشار بعض الأشياخ إلى أنّه لو قال في العبيد والسلع، وقد رأى بعضها: رضيتُه؛ فإنّه يلزمه البقيّة إذا كانت مثل ما رضي. ولا يقبل قوله، لمّا رأى البقيّة، إنّي لا أرضى. ولا عذر له بأن يقول: ظننت أنّ الّذي بقي خير ممّا رأيت. ولو قبل هذا منه لكان الطّعام والسلع فيه سيّان في قبول هذا العذر منه.

وإنّما افترق الجواب لافتراق السؤالين.

وذلك أنّه ذكر في الطّعام أنّه رضي ببعضه، ولم يذكر رضاه بالبعض في السلع. فلو أسقط في آخر السؤالين، ما أسقطه في الآخر من الرّضا، أو أثبت في أحد السؤالين من الرّضا ما أثبته في الآخر، لاستوى الجواب فيهما.

وقد يقال ها هنا إنّ الطّعام ممّا لا تختلف الأغراض فيه اختلافاً بيّناً، فالرّضا ببعضه رضا ببقيّته إذا كانت على صفته. والعبيد والسلع تختلف الأغراض فيهما اختلافاً بيّناً، وقد يظنّ قوم أنّ هذا العبد مثل هذا، ويختلف شأنهما عند آخرين اختلافاً بيّناً.

ولو أراد البائع أن يُلزم المشتري مقدار ما رضي به من الطّعام، وأسقط عنه المطالبة بما بقي ممّا قال: لا أرضاه، فإنّ هذا يجري مجرى من اشترى طعاماً فاستُحِقَ من يديه بعضه، فإنّ المستحقّ إن كان كثيراً، وهو مقدار الثّلث

ونحوه عند **ابن القاسم**، فإنّه لا تلزمه البقيّة. وإن كان يسيراً، كالخمس ونحوه، لزمته البقيّة. وما عدا/ الطّعام، من مكيل أو موزون أو عروض، فإنّ النِّصْف عنده في حكم اليسير، فلا يكون للمشتري مقال/ في ردّ ما لم يستحقّ.

ولو كان المشتري ها هنا أراد التمسّك بما رضيه من الطّعام وامتنع البائع، فإنّه لا يفرّق ها هنا بين القليل من الكثير من الطّعام، ولا في غيره من مكيل أو موزون، لكون البائع/ يعتلّ بأنّ المكيل والموزون، طعاماً كان أو غيره، إذا أفرد المعيب منه بالبيع دون السالم، لم يرغب فيه. وإذا أُضيف المعيب إلى السالم رغب فيه لتشابه أجزائه. بخلاف السلع. فإنّه يراعى في المعيب منها أكثر الصفقة أو أقلّها كما سيرد بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الثّالث عشر أن يقال: إذا اشترى رجل من رجل ثوباً بالخيار، ثمّ اشترى من رجل ثوباً آخر بالخيار فاختلطا عليه، فإنّه اختلف في هذا. فذكر **مالك** أنّه يضمن بالغلط ها هنا. وذكر **ابن كنانة**، في كتب المدنيّين، أنّه لا يضمن.

فإذا قلنا بالضّمان. فإنّ **مالكاً** قال: يضمن الثّمن إذا تقارّا على الأثمان، وادّعى كلّ واحد من المتبايعين الثّوب الأرفع، ولم يعلم المشتري الصادقَ منهما، لأنّه لوعلم بذلك لكان القول قوله في تعيين ما لكلّ واحد منهما؛ كما قدّمناه قبل هذا، في كون المشتري مصدقاً في عين ما اشتراه بالخيار إذا ردّه على بائعه.

وأمّا **ابن كنانة** فأسقط الضّمان عن المشتري، وقضى عليه بردّ الأرفع الّذي تنازع فيه البائعان، فيتحالفان ويتقاسمانه، كالحكم في مال يدّعيه رجلان، ويبقى الثّوب الّذي (. . . . .)[1] البائعان على أنّه ليس ثوبهما موقوفاً حتّى ينظر فيمن يدّعيه.

وسبب هذا الإختلاف الإلتفات إلى حكم ما أتلف غلطاً، فإنّه إن وقع

---

(1) بياض في النسختين مقدار كلمة، ولعله: يرفضه.

وقوع الغلط والخطأ فيما أذن الشّرع في التصرّف فيه كالعمد في تلف الأموال، كمن تصرف في الطّرقات الّتي أباح الشّرع له التصرّف فيها ولغيره من النّاس. فمن عثر على مال فأتلفه فإنّه يضمنه، لمّا دعت الضّرورة إلى صيانة الأموال عمّا لا قدرة عليه لمالكها في صيانتها.

فإذا كان الخطأ على إذن خاصّ وقع في هذا الإختلاف. كما اختلف المذهب عندنا فيمن أذن لرجل في دخول بيته فمرّ على مال فأتلفه غلطاً منه.

وحسّن الخلاف في هذا لكون المالك قادراً على أن يصون ماله عن هذا الّذي زعم أنّه أتلفه غلطاً بأن لا يأذن له في دخول بيته.

وكذلك ما نحن فيه قد سلّم كلّ واحد من المتبايعين ثوبه للمشتري بالخيار مع تجويزه أن يشتري ثوباً غيره، فيختلط عليه الثّوبان. فصار كالدّافع عنه بإذنه عهدة النّسيان والغلط.

أو يقال: / إتلاف المال غلطاً كإتلافه عمداً، والبائع لم يأذن له فيما يؤدّي إلى تلف ماله، فاستوى العمد فيه والخطأ، كما قلناه في الإذن العام.

وإذا قلنا بأنّه يضمن الثّمنين، فإنّ له أن يدفع الثّوب الأرفع، الّذي تداعى فيه البائعان لأحدهما، ويغرم للآخر ثمن الثّوب، لأجل أنّه لو أراد التمسك بكلّ واحد من الثّوبين ودفع ثمنه لبائعه، لم يكن لبائعه أن يمنعه من ذلك. فإذا أسلم لكلّ واحد الثّمن، الّذي اشترى به ثوبه منه، لم يكن للبائع مقال. وكذلك إذا أسلم أحدَهما ثمن الثّوب صار كراضٍ باشترائه. وإذا ردّ على أحدهما الثوب الجيّد صار كمن فسخ البيع فيما اشتراه بالخيار.

ولو اختلف ثمن الثّوبين، لكان أيضاً الحكم كذلك في تخييره بين أن يغرم لكلّ واحد الثّمن الّذي عقده به، أو يضمن لأحدهما الثّوب ويعطي للآخر هذا الثّوب الأرفع الّذي تنازعا فيه، لأجل ما ذكرناه من التّعليل في كونه محكّما في إمضاء الشّراء أو ردّه.

وقد ذكر **ابن كنانة** أنّ المشتري لو قطّع أحد الثّوبين، وأتى بالآخر ليردّه،

فأنكره البائعان، وادّعى كلّ واحد منهما أنّ الثّوب المقطوع هو ثوبه، أنّ المشتري/ يضمن الثّمنين.

وهذا قد يُحَسُّ في النّفس أنّه كالنّقض لما أصِّل من كون الغلط لا يضمن به المشتري. لكن العذر عن هذا عندي أنّ المشتري إذا قطع الثّوب، لم يكن له ردّه، لكونه فعل فيه ما هو رضى بالشّراء والتزاماً[1] له، أو فعل ما أتلف الثّوب به، فلا يكون له ردّه.

وإذا منع الرّدّ لأجل هذا، واستقرّ عليه ثمن الثّوب المقطوع، وكلّ واحد يطالبه بثمن ما باعه منه، وهو لا يدري عين من يستحقّ عليه ثمن هذا المقطوع من هذين البائعين، وجب عليه أن يغرم له هذا الثّمن لكونه شاكاً في وجوب ذلك عليه لهذا البائع. كما نقول فيمن ادّعى على رجل بمال، والمدّعى عليه يشكّ في صدق المدّعي، فإنّ المدّعي يأخذ ما ادّعاه، لكونه موقناً باستحقاق هذا المال على هذا المدّعى عليه، وكون المدّعى عليه شاكّاً، فينظر في يمين المدّعي الموقن.

فإذا لم يُحدث في واحد من الثّوبين حادثاً يكون به مختاراً للشّراء أو متلفاً، فإنّه لا سبب حدث منه يوجب تضمينه، فلا يناقض **ابن كنانة** بهذا.

وقد تأوّل بعض أشياخي عليه أنّه أراد أنّ هذا المقطوع جهله البائعان أيضاً لمّا تغيّر بالقطع كما جهله قاطعه. فلمّا تساووا في الجهالة بذلك، تعلّق به الضّمان. بخلاف إذا ادّعى كلّ واحد منهما أنّه يتحقّق أنّ المقطوع له، فإنّ قوله: إنّ المقطوع لم[2] يتضمّن إبراءَ المشتري، كما قال **ابن كنانة** في هذين الثّوبين إذا كانا قائمين فادّعى كلّ واحد/ من/ البائعين الأرفع من الثّوبين، فإنّ دعواه قد تضمّنت إبراء المشتري من كونه قد أمسك ثوبه، أو تعدّى فيه لكونه عنده لا يضمن بالنّسيان.

---

(1) هكذا في النسختين.

(2) هكذا في النسختين ولعل الصواب: له.

وهذا الّذي أشار إليه بعض أشياخي من تأويل ابن كنانة قد تغني عنه الطّريقة الّتي أريناك نحن في الإعتذار منه.

وقد ذكر ابن حبيب عن مالك في هذا أنّه يغرم ثمن الثّوب المقطوع، ويغرم قيمته، ويَقسم هذه القيمة، وهذا الثّمن، المتبايعان جميعاً. كأنّه قدّر أنّ البائع إنّما التزم بالقطع ثمن الثّوب لكونه التزم الشّراء لما قطع الثّوب، فلا يلزمه إلاّ ثمن واحد. ولكنّه لمّا أتلف على الآخر أخْذَ عين الثّوب الّذي باع منه، ولم يرض بالشّراء منه، وجبت عليه القيمة، فوجب من هذا وجوب مطالبة المشتري بثمن وبقيمة، وقد جهل من يستحقّ منهما الثّمن، ومن يستحقّ القيمة، فوجب أن يُقسم جميع ذلك بينهما.

وإذا قلنا بالتّضمين، فإنّه لا بدّ أن يحلف البائعان، فإن نكلا عن اليمين، سلّم المشتري إليهما الأرفع، وبقي الثّوب الأدنى موقوفاً حتّى يفعل فيه الواجب.

والجواب عن السؤال الرّابع عشر أن يقال: أمّا العقد على ثوب من أحد ثوبين، فإنّه إن كان الثّوبان متماثلين، والثّمن شيء واحد، فإنّ ذلك جائز إذا صرف الخيار في ذلك إلى المشتري، لكون التّماثل في المثمون وفي الثّمن يرفع الغرر.

وأمّا إن اختلف المثمون مثل أن يعقد على ثوب أو دابّة يختار المشتري أيّهما شاء، فيلزم البائعَ العقدُ فيه، فإنّ ذلك لا يجوز لما يحصل فيه من الغرر والمخاطرة من جانب البائع، لكونه لا يدري ما الّذي باعه بدينار هل هو ثوب أو حمار؟ وهذا فيه خِطار.

لكن لو كان المشتري إذا اختار الثّوب أو الحمار، عاد الخيار أيضاً للبائع، في إمضاء العقد أو ردّه، لجاز ذلك لارتفاع الغرر لعدم إلزام البيع للبائع.

وكذلك إن اختلف جنس الثّمن/ وتماثل المثمون، فإنّ حصول الغرَر وارتفاعه جار على ما فصّلناه.

وأمّا إن تماثل المثمون، وتماثل جنس الثّمن ولكن اختلف في المقدار خاصّة، مثل أن يبيع منه ثوباً من أحد ثوبين على أنّه جعل ثمن أحدهما، وأشار إليه، خمسة دنانير، وثمن الآخر سبعة دنانير، فإنّ هذا ممنوع عندنا أيضاً لحصول الغرر باختلاف مقدار الثّمن. وأجازه **عبد العزيز ابن أبي سلمة**، وهو اختيار **ابن حبيب** من أصحابنا. وكأن **عبد العزيز ابن أبي سلمة** قدّر أنّ المشتري اختار أخذ الثّوب الّذي بسبعة، ثمّ ردّه وهضم عن نفسه دينارين من السبعة، وأخذ الثّوب الّذي بخمسة بدينارين التّي[1] هضم وبالثّوب الآخر، فلا يكون في هذا ربا ولا/ تخاطر/. لكنّه يمنع هذا إذا كانت الدّنانير مختلفة الوزن، ولو تساوى العدد، لكونه يقدّر فيه أنّه باع دنانير ناقصة بوازنة، فيقع بذلك في الرّبا. هذا حكم جواز هذا العقد.

وأمّا حكم الضّمان، فإنّه لا يخلو هذا العقد من أن يقع على ثلاثة أنحاء.

إمّا أن يقع العقد على أنّه إن شاء ردّهما جميعاً وإن شاء أخذهما. فيكون المشتري ها هنا مخيّراً في العقد وفي التّعيين.

أو يقع على أنّه قد لزمه أحدهما والآخر مردود، ولكنّه مخيّر في تعيين ما لزم العقد فيه دون التّخيير في العقد، فأَحَد الثّوبين في هذين القسمين مردود بلا بدّ، والآخر لازم بلا بدّ، ومخيّر في قبوله أو ردّه.

والقسم الثّالث: وقوع العقد على أنّ أحدهما لازم بلا بدّ، والآخر مخيّر في قبوله أو ردّه بكون التّخيير في أحدهما في العقد وفي التّعيين، وفي الآخر في التّعيين خاصّة دون العقد.

فإن وقع العقد على الوجه الأوّل من هذه الوجوه الثّلاثة وهو كون المشتري له ردّ أحدهما، ويخيّر في الآخر بين أن يقبله أو يردّه، والتّعيين في ذلك إليه، فإنّهما إن ضاعا جميعاً، فإنّ **ابن القاسم** لا يضمنه إلاّ أحدهما،

(1) . . . ولعل الصواب: اللذين.

وأشهب يضمنه الثّوبين جميعاً. وذكر في **الموّازيّة** عن **ابن القاسم** قولاً ثالثاً في هذا، فقال، فيمن اشترى ثوباً من أربعة ثياب فقبض الأربعة، فضاعت في يديه، إنّ البائع إن كان هو المتطوّع بدفع الجميع ابتداءً منه، فإنّ المشتري لا يضمن إلاّ واحداً منها. وإن كان المشتري هو السائل في تسليم الأربعة إليه ليختار ثوباً منها، فإنّه يضمن جميعها.

وأشار **ابن الموّاز** إلى أنّه لا فرق بين أن يقبضها المشتري عن سؤال منه للبائع أو عن تطوّع البائع بذلك من غير سؤال، لكونه إنّما دفع جميعها حرصاً على البيع.

وسبب هذا الإختلاف أنّه قد علم أنّ أحد الثّوبين مردود للبائع بلا بدّ، والآخر يخيّر فيه المشتري، والمردود بلا بدّ حكمه حكم الأمانة لمّا كان لم يقبضه المشتري على بتات البيع فيه ولا على خيار، والثّوب الآخر قبضه على خيار فيه، وقد علم أنّ ما قبض على جهة الأمانة لا يضمن، وما قبض على جهة الخيار يضمن. وهذان الثّوبان لم يتميّز منهما ما هو أمانة ممّا هو مقبوض على خيار، فوجب أن يضمن أحدهما، لكونه قد علم على الجملة أنّ أحدهما مقبوض على خيار. فكأن صاحب/ هذا المذهب اعتبر مآلَ هذا العقد، وهو كون أحد الثّوبين مردوداً بلا بدّ، فتحقّقت فيه الأمانة لأجل هذا.

وأمّا من ضمَّن المشتري الثّوبين جميعاً، فإنّه اعتبر الحال ولم يعتبر المآل. وقد وقع العقد على أنّ له التنقّلَ من أحدهما إلى الآخر/ مقتضى الخيار، والمبيع بالخيار مضمون، فكأن كلّ واحد من الثّوبين عقد عليه بانفراده على الخيار.

وأمّا/ ما وقع من التّفرقة في **الموّازيّة**، فكأنّه قدّر أنّ البائع إذا كان هو المتطوّع بدفع الثّياب، فإنّ ذلك لم يقع منه إلاّ لمنفعة نفسه، وليتمّ له البيع، فغلب في الثّلاثة الأثواب حكم الأمانة. وأمّا إذا كان المشتري هو السائل في قبض الجميع، فإنّ البائع لا منفعة له في تسليم الجميع بل لمنفعة المشتري

السائل في هذا، فغلب حكم الخيار في كلّ ثوب. فانحصر الخلاف في هذا إلى تغليب حكم الأمانة في أحد الثّوبين اعتباراً بالمآل، أو تغليب حكم الخيار اعتباراً بالحال، واستدلالاً على حصول المنفعة بما ذكرنا من التّفصيل. وقد قدّمنا أنّ الضّمان في هذا وفي غيره ممّا ذكرناه يعتبر فيه المنفعة للقابض أو للدّافع.

فإذا قلنا بالضّمان فيما يضمن هل بالقيمة أو بالثمن، فإنّ هذا ينبغي أن يعلم أنّ الثّوب الواحد إذا اشتري بالخيار، فإنّ **ابن القاسم** يرى أنّ المشتري يضمنه إذا قبضه بالثّمن، سواء كان الخيار له أو للبائع، لأنّه قادر لمّا كان الخيار له أن يقبل البيع ويدفع الثمن، ولا يقدر البائع أن يمنعه من ذلك، فله أن يقول: أنا أقبله، فلا يلتفت إلى ضياعه، سواء كانت قيمته أكثر من الثّمن أو أقلّ.

وكذلك إن كان الخيار للبائع، فإنّ المشتري يضمنه بالثّمن، لكون البائع سلّمه إليه على أنّ عوضه الثّمن الّذي اتّفقا عليه، وكان للبائع أن يلزمه إيّاه، فلا يلزم المشتري أكثر من ذلك، ولو كانت القيمة أكثر من الثّمن، لكنّه يحلف المشتري ها هنا على الضّياع لئلاّ يكون لمّا فسخ البائع العقد طلب ارتجاع الثّوب فحبسه عنه تعدّياً، فيلزمه قيمته، فيستظهر عليه باليمين أنّه ضاع لتسقط المطالبة عنه بما زادت القيمة على الثّمن.

وأمّا **أشهب** فإنّه يرى أنّ الخيار إذا كان للمشتري، فإنّه يضمنه بالأقلّ من القيمة أو الثّمن. فإن كان الثّمن أقلّ من القيمة، قال: أجزت له إمضاء البيع بالتزام الثّمن. وإن كانت القيمة أقلّ من الثّمن، لم يطلب بأكثر منها، لأنّ له أن يقول: لا أمضي الشّراء بل أردّ الثّوب، فيجده قد ضاع فيغرم قيمته. لكنّه يحلف ها هنا على الضّياع لإمكان أن يكون قد حبسه عن نفسه بأنّه لا يختار إمضاء الشّراء، فتجب عليه قيمته لأجل منع البائع منه، فيحلف ليسقط عنه ما زاد من القيمة على الثّمن لأجل إمساكه الثّوب على البائع.

وإن كان الخيار للبائع، فإنّ المشتري يغرم الأكثر من الثّمن أو القيمة. فإن كان الثّمن أكثر، قال البائع: أنا أختار إمضاء البيع، فيلزمك الثّمن. وإن كانت القيمة أكثر، قال البائع: أنا أختار فسخ البيع، فلا يلزمني أخذ الثمن، بل الطالب[1] بالقيمة الّتي وجبت عليك.

فإذا علمت الحكم فيما يضمن به الثّوب الواحد المشتريَ بالخيار / ، فإنّ هذين الثّوبين المشترى أحدهما بالخيار مذهب **ابن القاسم** أنّ أحدهما هو المضمون. فإذا ضمن، فإنّما يضمن بالثّمن/ كمَا قدّمناه. ومذهب **أشهب** أنّ أحدهما مضمون بالقيمة، والآخر بالأقلّ من الثّمن أو القيمة. فأمّا كون أحدهما مضموناً بالقيمة، فلأجل أنّه لا بدّ من ردّه فيضمّن بقيمته. وأمّا الآخر، فالمشتري قادر على أن يلتزمه بالثّمن فكان له ألاّ يغرم إلاّ الثّمن، وقادر أيضاً على أن لا يلتزم الشّراء ويضمنه بالقيمة، على حسب ما قدّمناه قبل هذا.

وذهب[2] إلى طريقة **أشهب** في كون المشتري ضامناً للثّوبين جميعاً، وذكره عن أصحاب **مالك**، وقال: إنّه ليس بمؤتمن في واحد منهما لما أخذهما على أن يختار هذا أو هذا. لكنّه إنّما يضمنه إيّاهما بالثّمن. وكأنّه قدّر أنّه إذا كان الضمان إنّما ثبت فيهما لكون كلّ واحد منهما إنّما عقد على انفراده على الخيار، والثّوب المنفرد إذا عقد على الخيار ضمن بالثّمن، كما قدّمناه عن **ابن القاسم**، فكذلك هذا يضمن كلّ واحد منهما بالثّمن. وقد ذكرنا عنه أنّه يجيز كون ثمن الثّوبين مختلفاً في المقدار، على حسب ما قدّمناه عن **عبد العزيز ابن أبي سلمة**.

وعنه هذا الحكم فيهما إذا ضاعا جميعاً.

وأمّا إن ضاع أحدهما، فإنّه إنّما يضمن عند **ابن القاسم** نصف ثمن الّذي ضاع، لكون الضّائع متردّداً بين أن يكون هو الّذي اشتراه بالخيار، أو هو الّذي

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أُطالب.

(2) لم يتوضح معاد ضمير ذهب.

بحكم الأمانة، فلمّا تساوى فيه الأمْرَان قسم الضياع فيه، على أصله في كونه لا يَضْمن، إذا ضاعا جميعاً، إلاّ ثوباً واحداً، فكذلك إذا ضاع أحدهما لا يضمن إلاّ نصف ثوب.

وأمّا **أشهب**، فإنّه يضمِّنه الضّائعَ كلَّه، لكونه يضمنها جميعاً إذا ضاعا.

فإن قلنا أنّه لا يضمن إلاّ نصف ثوب، كان له ردّ الثّوب الآخر بحكم مقتضى الخيار الّذي عقد عليه من كونه لا يلزمه واحد منهما إذا شاء.

وإن أراد الإستمساك بحكم مقتضى الخيار في كونه له أن يمسك أحد الثّوبين، فإنّ **ابن القاسم** مكّنه من ذلك وفي **الموّازيّة** أنّه لا يمكن منه، لأنّه إذا مكّناه من ذلك، صار اشتراؤه ثوباً واحداً، فأخذ ثوباً ونصف الثّوبَ الباقيَ بحكم اختياره الآن، ونصفَ الثّوب الّذي وَزَنَ نصفَ ثمنه يتّهم على أنّه حبسه، فصار اشترى ثوباً واحداً من ثوبين فأخذ ثوباً ونصفاً. فكأن من ذهب إلى هذا حمل عليه أنّه لم يضع له الثّوب ولكنّه حبسه، فصار بحبسه وغرامة نصف ثمنه كمن اشترى ثوباً وأخذ ثوباً ونصف ثوب. وكأن **ابن القاسم** قدّر أنّه لمّا حلف على الضّياع، صدق في ذلك. وإنّما غرم نصف الثّمن بحكم الضّمان لا بحكم/ الشّراء. فلا يقدّر أنّه اشترى هذا الثّوب لمّا غرم ثمنه بحكم التّضمين، فيقضى له بإمساك جميع الثّوب إذا شاء كما يقضى/ له بردّ جميعه. ولم يظنّ به أنّه حبس نصف الثّوب، فصار مشترياً لنصف ثوب، وإنّما بيع منه ثوب كامل إذا شاء. ولأجل هذا قلنا، فيمن اشترى ثوبين على أنّه بالخيار في قبولهما أو ردّهما فضاع أحدهما: إنّ له ردّ الثّوب الباقي. ولو ظنّ أنّه حبس الّذي ادّعى ضياعه، لم يكن له ردّ الثّوب الباقي، كما ليس له ردّ أحد الثّوبين وإمساك الآخر.

وقال بعض الأشياخ: لو ضاع أحد هذين الثّوبين اللّذين اشتراهما بالخيار بين قبولهما أو ردّهما، فإنّه إنّما يمكن من ردّ الباقي إذا لم يكن الّذي زعم أنّه ضاع وجهَ الصفقة وجلَّها. لأنّه إذا/ كان الّذي زعم أنّه ضاع وجه الصفقة وردّ الثّوب الباقي وهو أقلّها في القيمة، صار مضرّاً بالبائع في ردّه عليه أقلّ الصفقة،

فلا يمكن من هذا، كما لا يمكن البائع لثياب كثيرة استحق جلّها أن يُلزم المشتري ما لم يستحقّ منها إذا كان هو الأقلّ.

هذا حكم أحد الأقسام الّتي قدّمنا.

وأمّا إن عقد البيع على أنّ أحد الثّوبين لازم للمشتري ولكنّه بالخيار في تعيينه دون عقده، فإنّ الإختلاف في هذا جار على ما قدّمناه.

فإنّ **ابن القاسم** لا يضمنه إذا ضاعا إلاّ أحدهما.

وأشهب يضمنه الثّوبين جميعاً.

والتّعليل للمذهبين هو ما قدّمناه.

ولو قامت بيّنة على ضياعهما، فإنّ ضمان أحدهما يسقط عند **ابن القاسم**، كما يسقط لو اشتراه منفرداً على الخيار وقامت البيّنة بضياعه. **وأشهب** يضمنه كما يضمن العواري والرّهان، وإن قامت البيّنة على الضيّاع.

وقد يتخرّج فيها قول ثالث، أنّه لا يضمن، إذا قامت البيّنة، ولا واحداً منها. وقد قيل فيمن اشترى أحد عبدين على الالتزام، لكنّه بالخيار في التّعيين، إنّ أحدهما إن هلك فإنّه لا يضمنه ولو ردّ الباقي. وهذا بناء على أنّه لم ينعقد البيع فيما التزم انعقاده للبيع فيه إلاّ بعد أن يختار، فإذا هلك أحد العبدين قبل أن يختار، لم يلزم اختيار الباقيَ والتزامَه، لأنّه لم يلتزم عقد الاختيار فيه، وإنّما التزم عقداً تخيّر فيه بين إثنين، وإذا لم يبق إلاّ واحد، استحال هذا التّخيير فيه.

وقد قال **سحنون**، في أحد قولين، فيمن أعتق أحد عبديه، فمات أحدهما قبل أن يختار؛ إنّ الثّاني يبقى رقيقاً، لأنّه إنّما التزم عتقاً فيه الخيار بين اثنين، وهذا الخيار يستحيل إذا بقي عبد واحد. وقال في قوله الآخر: بل يعتق العبد الباقي. وقدّر أنّ عتق أحدهما قد لزم السيّد لزوماً لا انفكاك منه. واستحالة التّخيير في واحد لا يرفع هذا الّذي التزم من العتق. وتكون مصيبة الامتناع من التّخيير ها هنا جائحة عليه.

وقد ذكر ابن **الموّاز** أنّه يلزمه/ العقد في العبد الباقي إذا اشتراه على الإلتزام بشرط التّخيير بينه وبين آخر. وهذا جار على هذا المسلك الّذي ذكرناه في أحد قولي **سحنون** رحمه الله.

والمشهور من المذهب أنّ الضّائع من أحد الثوبين اللّذين التزم شراء أحدهما يكون من المتبايعين، والباقي بينهما على حسب مقتضى حكم الشركة في عبد بين رجلين. وهكذا ذكر **ابن الموّاز** وذكر **ابن سحنون** (أنّ الضّائع منهما لو ردّ الباقي من الثّوبين)[1]. وكأنّه قدّر أنّ مقتضى الشركة إن اشتركا في الثوب الباقي، لكن الشركة فيه عيب، فلا يلزم المشتري شراء معيب، وقد عقد البيع فيه على السلامة من العيب، فلا يقدّر أنّه إذا كان مقتضى الالتزام ضمانَ أحدهما بلا بدّ، وجهلنا الثّوب الملتزم منهما، صار المتعاقدان كشريكين في الثّوبين، فما طرأ فيهما من ضياع وعيب، فذلك عليهما.

وقد ذكر ابن **حبيب** أنّ هذا التّخيير لو كان في ثياب كثيرة فضاع أحدهما، فإنّه يضمنه. وضمانه إيّاه لا يسقط ما اقتضاه الحكم الّذي قدّمناه، فله أن يختار ثوباً من الثّياب الباقية، أو يردّه وسائر الثّياب. ولو عقد على واحد منها على التزامه، فإنّه يضمن الواحد الضّائع، ويلزمه اختيار ثوب من الثّياب الباقية. ورأى أنّ التّضمين للثّوب الضّائع/ لا يدفع الحكم الّذي قدّمناه في الثّوبين إذا ضاع أحدهما.

وقد احتجّ في **المدوّنة ابن القاسم**، على ما قدّمناه عنه من مصيره إلى أنّه إنّما يضمن أحدهما ولا يضمن الآخر لكونه فيه مؤتمناً، بأنّ **مالكاً** ذكر فيمن طلب رجلاً بدينار له عليه فدفع إليه ثلاثة ليختار واحداً منها ويردّ عليه الدّينارين، فضاع من الثّلاثة ديناران قبْل أن يختار، أنّ الدّينارين الضّائعين[2] يكون على حكم الشّركة بين الدّافع والقابض. لأنّ القابض إنّما استحقّ ممّا

---

(1) هكذا في النسختين: والكلام غير واضح.

(2) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: أن الدينار الباقي بعد الدينارين الضائعين.

قبضه ثلثه، وثلثاه عنده بحكم الأمانة.

وغلّط **ابنُ حبيب ابنَ القاسم** في هذا الإستدلال بالدّينارين على الثّياب. وأشار إلى أنّ الدّينارين يتّضح كونهما قبضا على الأمانة، بخلاف الثّوبين المخيّر فيهما.

وأنكر بعض الأشياخ هذه التفرقة عليه لمّا كان الدّينار مخيّراً فيه كما كان الثّوب مخيّراً فيه. فإذا كان التّخيير يوجب ضمان الجميع، فلا فرق في هذا بين ثياب أو دنانير. واستعظم إطلاقه الغلط على **ابن القاسم**.

وذكر **ابن حبيب** أنّ الّذي ذكره **مالك**، من كون الدّنانير فيها مضمون، ومؤتمن عليه، إنّما يتّضح إذا كانت من الكثرة بحيث يعلم أنّ فيها وازناً يأخذه قابضها قضاء عن دينه. فإذا لم يكن كذلك، فإنّه يحلف أنّه **ما علم فيها وازنا** ولا يضمن منها/ شيئاً. وذكر أنّ هكذا قال له/ من كاشفه من أصحاب مالك.

وقد ذكر في **الموّازيّة عن ابن القاسم**، فيمن طلب رجلاً بعشرة دنانير ديناً له عليه، فأعطاه دنانير ليزنها ويستوفي حقّه منها ويردّ ما زاد على حقّه، وإن نقصت عن حقّه، عاد إليه ليوفّيه، أنّها مضمونة، لكونها لا تنفكّ أن تكون قضاء أو كالرّهن بحقّه.

وأشار **أصبغ** إلى حملها على كونها قضاء لمّا كانت لا ترجع إلى يد صاحبها. وذكر أنّه سأل **ابن القاسم عن** الحالف لرجل ليقضينّه حقّه إلى أجل سماه، فدفع إليه عند حلول الأجل دنانير على مثل الصفة، أنّه يحنث إن لم يدفعها إليه على وجه القضاء.

فإذا تقرّر هذا، فإنّ من في يده الثّوبان، اللّذان زعم أن أحدهما ضاع، إذا ادّعى أنّه ما ضاع إلاّ بعد أن اختار الباقي، فإنّه اختلف في هذا، هل يصدق فيه ويكون لا ضمان عليه فيما ضاع لكونه بقي في يديه على حكم الأمانة لمّا أسقط خياره فيه؟ أو لا يصدق في هذا، ويتّهم أنّه إنّما ادّعى ذلك ليسقط الضّمان عن نفسه؟

ولو ذهبت أيّام الخيار وتباعدت فإنّه إذا اشترى أحدهما على الالتزام، اقتضى ذهابها التزام الشّركة في الثّوبين، وإن اشترى أحدهما على التّخيير في عقده وفي تعيينه، بطل العقد وسقط خياره، سواء كان الثّوبان في يد البائع أو المشتري في هذين القسمين.

وأمّا لو اشترى الثّوبين جميعاً بالخيار فيهما، فإنّ الحكم فيه ما قدّمناه من كون ذهاب أيّام الخيار وما قرب منها يقتضي إقرار الثّوبين في يَدِ من هُما في يديه من بائع أو مشتر، لما قدّمناه من التّعليل. والتّعليل الّذي قدّمناه يبيّن لك وجه التّفصيل الّذي فصّلناه في هذه الأقسام.

وأمّا القسم الآخر من أقسام العقد على أحد ثوبين، فإنّه يعلم حكمه ممّا قدّمناه، من أن يشتري ثوباً من أحد ثوبين على الالتزام لعقده، والثّوب الآخر هو مخيّر في قبوله أو ردّه. فإنّهما إن ضاعا أو ضاع/ أحدهما ضمن ما ضاع بغير خلاف. وإن قامت البيّنة جرى ذلك على ما قدّمناه من الاختلاف. وإن ضاع أحدهما، جرى الأمر أيضاً فيه على حسب ما قدّمناه. ويعتبر أيضاً في إمساكه للثّوب الباقي ما قدّمناه أيضاً من منعه من ذلك لئلاّ يكون اشترى ثوباً ونصفا ولم يعقد على ذلك، فجميع ما قدّمناه يجري في هذا القسم إذا قامت البيّنة على الضياع.

وقد ذكر في **المدوّنة** فيمن اشترى عبدين بثمن إلى أجل على أنّه يردّ أحدهما عند الأجل، أنّ ذلك جائز. وهذا/ جار على ما قدّمناه من جواز اشتراء أحد الثّوبين على الإلزام. فكذلك هذا اشترى أحد العبدين شراءً منعقداً لازماً والآخر يستخدمه إلى الأجل، فكأن الثمن المؤجّل عوض أحد العبدين وعوض منفعة العبد الآخر. والتّخيير في هذا لا يمنع صحّة العقد، كما لم يمنعه فيما قدّمناه من الأقسام. لكن من شرط/ جواز هذا البيع أن يعيّن المردود عند الأجل قبل الشروع في الاستخدام. وعلى ذلك حملوا ما وقع في **المدوّنة** من إطلاق الجواز.

وهذا التأويل تقتضيه الأصول لأنّ الأصل منع بيع الغرر إذا كان الغرر مقصوداً. فإذا عقد على عبد من أحد عبدين أو ثوب من أحد ثوبين، فإنّ التّخيير في ذلك لا يتضمّن غرراً في هذا العقد، لأنّا إنّما نجيز هذا إذا تماثل الشّيئان المخيّر في أحدهما. وقد سامح في ذلك **مالك**، وإن اختلفت قيمة الثّوبين، فقال فيمن اشترى عدداً من ثياب في ـ عدل يختارها، إنّ ذلك جائز، إذا وصف ما في العدل من الثّياب، وإن اختلفت قيمة الثّياب. قال: ولكن بعد أن تكون مَرويّة كلّها أو هَروبة كلها. فأشار بهذا أنّ اختلاف أجناسها يتضمّن غرراً مقصوداً، فينهى عنه لما ورد في الحديث من النّهي عن بيعتين في بيعة[1]. فكذلك ما ذكره في مسئلة العبدين، وتأوّلنا ما وقع في **المدوّنة عليها**، لأنّه إذا لم يعين العبد المردود عند الأجل، واستخدم العبدين طول الأجل، فإنّه لا يعلم كيفيّة تأثير الإستخدام في كلّ واحد منهما، ولا ما يحدث عليه من التغيّر في خلال الأجل، فيصير المستمسك به مجهولاً صفته، والمردود أيضاً كذلك، وهذا غرر يمنع منه، ويقتضي أن يشترط في جواز هذا العقد أن يعيّن قبل الشّروع في الاستخدام من يستخدمه بحقّ الملك ومن يستخدمه بحقّ الإجارة. وإن لم يفعل ذلك ووقع العقد عارياً من التّعيين، واستخدمهما ملكاً في خلال الأجل، فإنّه يضمن نصف قيمتهما، لكون أحدهما بيع بيعاً فاسداً والآخر استؤجر إجارة فاسدة ولم يعلم هذا من هذا، فيضمن نصف قيمتهما جميعاً، لكون كلّ واحد منهما يصلح أن يكون محلاّ في هذا العقد الفاسد.

والجواب عن السؤال الخامس عشر أن يقال: أمّا الوجوه الّتي تمنع في اشتراط التّخيير في التّعيين، فإنّا قدّمنا الكلام على بعضها. وهو شراء صنف من صنفين مختلفين على إلزام البائع ما اختار المشتري منها. وذلك لما قدّمناه من كون العقد على هذا يتضمّن غرراً مقصوداً. ومنه ما فرغنا الآن من الكلام عليه/ في مسئلة العبدين المذكورة في **المدوّنة**.

---

(1) الجامع الكبير للترمذي ج2 ص 513 ح 1231.

ومن الوجوه الممنوعة أيضاً التخوّف من الوقوع في الرّبا، مثل أن يشتري رجل ثمرة نخلات يختارها من ثمر/ نخل كثير، لكن ثمر النّخل كلّه صنف واحد، لأنّه إذا كان من صنفين صار من بيعتين في بيعة، ولحق بما تقدّم بيانه. وإذا كان من صنف واحد منع أيضاً لعلّة أخرى، وهو أنّ المشتري يمكن أن يختار نخلة، ثمّ ينتقل بعد اختياره لها إلى نخلة أخرى، وثمرة النّخلتين لا يتساويان في المقدار، فيكون قد باع ثمرة الأولى بثمرة الثّانية وبينهما تفاضل، فيقع في الرّبا والرّبا محرّم/. ولو كان الخيار لبائع ثمرات هذا النّخيل لكان فيه اختلاف. فأمّا **مالك** فإنّه أجازه، قال: كما يجوز **ذلك** في اختيار كباش من جملة غنم باعها. وقال **ابن القاسم**: لا يعجبني ذلك، ولكنّه إن وقع لم أفسخه. مراعاةً منه لمذهب **مالك**.

وهذا الاختلاف خُرِّج على اختلاف أهل المذهب في المستثنى هل هو مُبقًى على ملك البائع أو مشترى من المشتري؟

فإذا قلنا: إنّ المستثنى مبقًى، فلا يمنع من هذا في جنبة البائع، لكونه أبقى ما اختار على ملكه، وإنّما باع ما[1] **بعد ما يختاره**، فلا يتصوّر في هذا الرّبا.

وإن قلنا: إنّ المستثنى مشترى من المشتري، فيمنع كما قال **ابن القاسم**. كما اتّفق هو **ومالك** على منع شراء ثمر نخلات يختارها.

وقد وقع **لابن القاسم** ما يقتضي خلاف هذا الّذي بنينا عليه هذه المسئلة، وذلك أنّه قال فيمن باع داراً واستثنى سكناها سنة فانهدمت الدّار، فإنّ البائع **لا** يرجع على المشتري بقيمة السكنى لكونه أبقاها على ملكه لم يبعها، وما كان على ملكه فلا يضمنه له غيره. وإن كان **أصبغ** قد قال في هذه المسئلة: إنّ البائع يرجع على المشتري بقيمة السكنى. وقدّر أنّ البائع باع الدّار بمائة دينار مثلاً وبسكناها سنة، والسكنى تساوي عشرة دنانير، فكأنّها عرض أضافه إلى الثّمن، واستحقّ من يديه، فيرجع بقيمته على من باع منه داره، على حسب ما توجبه

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وإنما باع ما باعه.

النّسبة في هذه السكنى من جملة الثّمن.

وقد أشار بعض المتأخّرين إلى أنّه لا فرق بين البائع والمشتري في هذا لكون البائع يقدّر فيه أيضاً أنّه اختار ثمرة نخلة، ثم انتقل إلى خيار ثمرة أخرى، فيكون أيضاً باع تمراً بتمر متفاضلاً. ومال إلى أنّ هذا ينبغي أن يوكل إلى أمانة البائع والمشتري، وينهيان عن الوقوع في هذا، ويصَدَّقان في أنّهما لم يقعا فيه.

وأشار بعض المتأخّرين إلى فرق/ بينهما، وهو أنّ المشتري تَصوُّر تنقّله يمكن لكونه جاهلاً بثمرات هذا النّخل، فلهذا اتّفق على منعه من هذا، وأمّا البائع ثمرات نخله، فيقصد إلى جيّدها فيختار، ولا يتّهم في التنقّل لاستغنائه عنه. وقدح في هذا الفرق غيره بأن قال: لو كان عالماً بهذا لاستثناه معيّناً، ولم يفتقرْ إلى اشتراط خيار فيه، فلمّا اشترطه دلّ على أنّه محتاج إلى الاختيار والاختبار، كما يحتاج إليه المشتري.

وبالجملة فإنّ هذه الطّرائق، من الفروق وغيرها الّتي ذكرنا في هذه المسئلة، إنّما يحسن إيرادها إذا قيل: إنّ اختيار البائع أو المشتري/ لنخلة بخواطر القلب دون نطق اللّسان بذلك يصيّرها ملكاً له، ويَحرم عليه التنقّل، كما يحرم عليه التنقّل وقد نطق باختيار صبرة إلى صبرة أو ثمرة إلى ثمرة أخرى. وأمّا إذا قيل: إنّ الشّرع إنّما علّق/ أحكام الملك على ما ينطق به اللّسان دون ما يضمر في الفؤاد أو يهجس في النفس، فإنّه لا يحتاج عندي إلى شيء من هذه المعاني، وإنّما التّحقيق فيها النظر في هذا الأصل الّذي أشرت إليه. ثم إذا ثبت تعلّق الأحكام بما تتحدّث به النّفس في هذا دون ما نطق به نظر حينئذ هل تحمى الذّريعة في هذا فيمنع منه، ولا يوكل النّاس إلى أمانتهم فيه، كما قدّمناه في بياعات الآجال؟ أو لا توجب حماية في مثل هذا المبنيُّ التّحريمُ فيه على ما يضمَر في الفؤاد؟

ولو كان هذا الثّمن أو غيره، من أنواع الأطعمة المخيّر فيها، ممّا لا ربا فيه، وهو صنف واحد متساوٍ ممّا يجوز اشتراط التّخيير فيه، أو كان عروضاً،

فإنّ هذا يسقط فيه اعتبار الرّبا. وإنّما يعتبر فيه ألاّ يقع فيه تراخ، لأنّه إذا وقع فيه تراخ، أو وقع[1] في بيع الطّعام بالطّعام على خيار وتراخ، فلا يجوز ذلك كما لا يجوز ذلك في الصّرف. ولو كان هذا الطّعام لا ربا فيه، صنفين لمنع التّخيير، لما قدّمناه من كونه من بيعتين في بيعة. وقد ذكر في **الحاوي** أنّه لا يجوز التّخيير في الطّعام. وتأوّله الشّيخ **أبو القاسم ابن الكاتب** على ما وقع فيه تراخ، لأجل ما نبّهنا عليه من اشتراط المناجزة في هذا وفي الصّرف.

ولو كان المختار من هذا الطّعام، الّذي فيه الرّبا أو لا ربا فيه، بيع على الكيل لم يكن في التنقّل بيع له قبل قبضه، وإن كان على الكيل، لكون هذا كالمبادلة. وقد قدّمنا في كلامنا على بيع الطّعام قبل قبضه ما يجوز في ذلك وما يمنع، وأن أخذ سمراء من محمولة كيلاً متساوياً جائز، لكونه مبادلة لا مبايعة.

وينبغي أن يعلم أنّا نجيز/ للمشتري اشتراط اختيار عدد من جملة متماثلة. وسواء كان العدد المشترى أكثرَها أو أقلّها، مثل أن يشتري ثوباً يختاره من عشرة أثواب، أو يشتري تسعة أثواب يختارها من عشرة.

وأمّا البائع فإنّه يجوز له الخيار إذا اشترط اختيار الأقلّ في العدد. مثل أن يبيع عشرة من الثّياب على أن يختار ثوباً أو أربعة. وأمّا إن اشترط خيار ثمانية أو تسعة، فإنّه يمنع من ذلك عند **ابن القاسم**، ولا يمنع منه عند **سحنون**، لكون المشتري مفتقراً إلى اختيار المبيع واشتراط الخيار فيه، فلا يتّهم أنّه قصد الغرر والتّخاطر لأجل حاجته إلى الخيار، والبائع في الغالب مستغن عنه، فإنّما يجوز له منه ما لا يتصوّر فيه القصد إلى الغرر غالباً، فإذا اشترط البائع اختيار ثوب أو ثوبين من عشرة، فإنّ المشتري يعلم أنّ جلّ الصفقة تبقى له، فلا يتحسّس إلى العدد الّذي يختاره البائع. فإذا اشترط البائع اختيار سبعة أو ثمانية، تَحسّس المشتري إلى ذلك لو قدّر أنّه إنّما يحصل له رديء الثياب. وأمّا **سحنون** فإنّه رأى أن لا فرق بين البائع والمشتري في هذا، وفي احتياجهما إلى شرط الخيار،

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أَوْقَعَ.

فأجاز ذلك للبائع، وإن كثر عدد ما يختاره.

هذا في اشتراطه اختيار عدد، وأمّا في اشتراطه عدداً مقدّراً ولم يشترط فيه خياراً، فإنّا نجيز ذلك للبائع، والمشتري إذا عَلِم مبلغ عدد الجملة، يكون شريكاً بمقدار العدد. مثل أن يشتري عشر نخلات من مائة نخلة ولا تمر فيها، أو عشرة ثياب من مائة ثوب، فإنّه يكون شريكاً في جميع النّخل بعشرها، ولكنّه/ يفتقر في هذا إلى معرفة عدد النّخل، ليحصل الجزء المشترى معلوماً. وأمّا إن اشترط خيار عشرة ثياب، فإنّه لا يفتقر إلى معرفة عدد في هذا، لأنّ الّذي اشترى معلوماً يتميّز بالإختيار، والّذي اشترى عشرة غير متميّزة في العقد ولا بالإختيار، وإنّما اشترى أجزاء من المبيع، فمن شرط صحّته أن يكون الجزء معلوماً. إلى هذا أشار بعض الأشياخ، وهو مبنيّ على ما قدّمناه من اعتبار رفع الغرر في الشّراء لما يختار.

وقد أجاز أهل المذهب أن يشتري صبرة من طعام كلّ قفيز بدرهم، وإن لم يعلم عدد ما فيها من الأقفزة، لما كان شراؤها جملة على غير كيل يجوز، وكذلك هذا. ولو أنّ البائع استثنى ممّا باع جزءاً معلوماً بالنّسبة لا بالعدد، أو اشترى ذلك المشتري لأجزناه من غير اعتبار لهذا الجزء، هل هو الأقلّ من الجملة أو الأكثر. لأنّه إذا استثنى منه من هذه الصبرة ربعها أو ثلاثة أرباعها. أو باعها البائع واستثنى/ ربعها أو ثلاثة أرباعها، فإنّه يعود الأمر فيه إلى معاوضة على جزء معلوم محدود فلا يمنع.

وعلى هذا الأسلوب يجري فيمن اشترى جزءاً محدوداً، واختيار عدد معدود، مثل أن يشتري نصف هذه النّخل، أو[1] عشر نخلات يختارها من النّصف الآخر، فإنّه لا يمنع من هذا إذا اشتراه المشتري على هذه الصفة سواء كان العدد المختار هو الأقلَّ في النّصف الباقي أو الأكثرَ.

وأمّا البائع، فلو باع النّصف واشترط خيار عشر نخلات من النصْف

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وَعشر.

الآخر، لجاز ذلك. ولو اشترط خيار أربعين من النّصف الآخر، لمنع من ذلك. فيكون النّصف ها هنا كالكلّ، في العقد عليه، يعتبر فيه الأقلّ والأكثر في جنبة البائع دون المشتري.

وقد ذكر ابن حبيب أنّه لا يجوز أن يبيع عشرة من جملة غنم، ويبيع بقيّتها من رجل آخر. قال: بخلاف الصبرة.

وقد كنّا نحن قدّمنا في هذا الفصل ذكر الخلاف فيمن باع كلّ شاة بدرهم، هل يجوز ذلك أم لا؟ مع اتّفاق أهل المذهب على جواز أن يبيع صبرة من طعام، كلّ قفيز بدرهم. وذكرنا أنّ الذّاهب إلى المنع يرى أنّ الغنم لمّا كان لا يجوز بيعها جزافاً منع أن يباع كلّ شاة منها بدرهم من غير أن يعلم منتهى العدد. لأنّه إذا لم يعلم منتهى العدد، صار ذلك كبيع الغنم جزافاً. وكذلك أشار بعض الأشياخ ها هنا إلى أنّ الفرق بين بيع مكيل من الصبرة من رجل، وبيع بقيّتها من رجل آخر أنّ ذلك جائز، ولا يجوز مثل هذا في الغنم على حسب ما حكيناه عن ابن حبيب أنّ الجزاف يجوز في بيع الطّعام ولا يجوز في بيع الغنم.

وإن كان بعض أشياخي تأوّل عن ابن حبيب غير هذا التأويل، وذكر أنّه إنّما يمنع من هذا في الغنم إذا كانت قليلة، فإذا اختار المشتري ما اختار، ولم يبق إلا الشّرار، فيكون تخصيصها بالبيع غررا. فإذا كانت الغنم كثيرة، ولا يتحسّس إلى مقدار ما يأخذه المشتري الأوّل من خيارها، جاز ذلك لارتفاع الغرر فيه.

وقد وقع في الموّازيّة في بائع باع مائة رأس من الغنم واستثنى رأساً من شرارها، أنّ ذلك يُتّقَى لما فيه من الخطر. وقال ابن الموّاز في كتابه: القياس جوازه.

ولو باع من مشتر عشرة من الغنم، يختارها من الجملة، ثمّ باع منه عشرة أخرى، يختارها أيضاً، فإنّ ذلك جائز، ويقدّر أنّ المشتري/ اشترط خيار عشرين. وقد قدّمنا أنّه يجوز له أن يستثني خيار الأقلّ من العدد. وأنّ الأكثر فيه

قولان. ويختلف في النصف هو كالقليل أو كالكثير ها هنا. ومن لم يجز هذا قدّر تصوّر/ الغرر بكون الثّاني إنّما يختار ما فَضُل عن خيار الأوّل، وهو لا يدري موقع اختياره، فصار في هذا البيع تخاطر.

ولو أنّ البائع استثنى من مائة شاةٍ باعها شاةً، فردّها[1] عليه المشتري بثمنها، فإنّ ذلك لا يجوز. ولو سمّى مقدار الثّمن الّذي يردّها به، لجاز ذلك. هكذا ذكر **ابن الموّاز** وفي **المستخرجة**: لو اشترى مائة رأس من الغنم، وفيها كبش معتلّ، واشترط المشتري الخيار فيه، إمّا أن يقبله أو يردّه بحصّته من الثّمن، أنّ ذلك يفسخ ويقضى فيه بالقيمة، على حسب ما يقضى به في البياعات الفاسدة. وأشار الشّيخ **أبو إسحاق** إلى أنّ هذا مبنيّ على مذهب **ابن القاسم** في منعه رجلين أن يجمعا سلعتيهما ويبيعانها بثمن معلوم، لكون كلّ واحد منهما إنّما يعلم مقدار ما باع به بعد الفضّ واعتبار القيم. وكذلك ها هنا قد اشترى هذه المائة رأس بمائة دينار، واشترط ردّ شاة منها بحصّتها من الثّمن، إنّما يطّلع عليه بعد العقد./ وهذا الّذي قاله الشّيخ **أبو إسحاق** من إشارته إلى إجازة هذا على مذهب **أشهب** الّذي يجيز لرجلين أن يجمعا سلعتيهما في البيع قد يقدح فيه بأنّ المشتري للسلعتين عالم بجملة ما يدفعه من الثّمن، وتحقّق ذلك حين العقد، وإنّما تبقى الجهالة في جنبة البائعين. والجهالة في مسئلتنا هذه في الطّرفين معاً، لأنّ المشتري لا يعلم حين العقد ما ينوب هذه الشّاة المردودة من الثّمن، وإذا لم يعلم ذلك لم يعلم مبلغ ما يزنه في التّسعة والتّسعين المنعقد فيها الشّراء. وكذلك البائع أيضاً لا يعلم المبلغ الّذي يقبضه فيها، فهذا ممّا ينظر فيه.

وقد منع **أشهب** من اشترى عشرة من الغنم يختارها من الجملة أن يبيع العشرة من آخر قبل أن يختارها، لما في هذا من الغرر. لكون المشتري من المشتري الأوّل لا يعلم حقيقة ما اشتراه، ولا صفة ما يختاره الأوّل، واختيار

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يَرُدُّها.

النّاس يختلف اختلافاً كثيراً بقدر تفاوتهم في الميز والحذق. وكذلك منع أيضاً أن يُربحه آخر ديناراً على أن يجعله مكانه في الإختيار، فيختار لنفسه العشرة الّتي اشتراها الأوّل على خياره.

وبعض الأشياخ أشار إلى تعقّب هذا ورأى أنّ مقتضى ما قاله **أشهب** المنع من أن يأتي المشتري الأوّل برجل يختار له. وهذا لا وجه لمنعه، لأنّه خلاف ما يدخل النّاس عليه، وربّما أدّى اشتراط منعه من استشارة غيره وقصره على اختيار نفسه، إلى المخاطرة، والظّنّ بالبائع إنّما منعه من أن يستشهر[1] لاعتقاده قلّة بصره وميزه لما يختار، فصار هذا نوعاً من الخطار.

قال / القاضي أبو محمّد قدّس الله روحه: والبيع جائز منجّز[2] وبشرط الخيار. والخيار يثبت في البيع بأمرين: أحدهما بمقتضى العقد، والآخر بالشّرط. فالأوّل ضربان: أحدهما أن يخرج المبيع من الصفة أو بأن يجد به عيباً[3]. والآخر مختلف فيه: وهو أن يكون فيه مغابنة خارجة عن حدّ ما يتغابن النّاس بمثله. فقيل إنّ البيع لازم ولا خيار. وقيل: للمغبون منهما[4] الخيار إذا دخل على بيع النّاس المعتاد.

قال الإمام رضي الله عنه: هذا الفصل يشتمل على حكم الرّدّ بالعيب. ونحن سنتكلّم عليه في الفصل/ المختصّ به من كتاب التّلقين. واشتمل على حكم الغبن في البيع، والخلافُ في ثبوت الخيار بذلك مشهور في المذهب عندنا. وبأن لا خيار للمغبون قال **أبو حنيفة والشّافعي**. وعندي أنّه قد يتعلّق بما وقع في **المدوّنة** من وكيل وكّل على شراء سلعة فاشتراها بأضعاف قيمتها، فإنّ ذلك لا يلزم الآمر. قال في **المدوّنة**: ويلزم المأمور. ولا يلتفت في هذا الإطلاق

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يستشير.

(2) في غ، والغاني: منجزاً.

(3) هكذا في النسختين، والذي في غ والغاني: أحدهما أن يخرج المبيع على خلاف ما دخل عليه، وذلك بأن يخالف ما شرطه من الصفة أو بأن يوجد به عيب.

(4) (منهما) ساقطة في غ والغاني.

إلى كون المأمور مغبوناً. لكنّه قد يعتذَر عنه بأنّه لم يُرِدْ الكلام على حكم الغبن، وإنّما أراد أنّ ذلك يلزم المأمور، وأن يكون اشترى وهو عارف بالقيمة.

واختلف أصحابنا أيضاً في تقدير الغبن الموجب للخيار عند من رأى ذلك من أصحابنا. فقيل: هو محدود بالثلث فأكثر. وقيل: لا حدّ له، والمعتبر فيه العوائد بين التّجّار، فما علم أنّه من التّغابن الّذي يكثر بينهم ويتكرّر وتختلف فيه آراؤهم فإنّه لا مقال فيه للمغبون باتّفاق. وما خرج عما اعتادوه من ذلك، فإنّ للمغبون الخيار.

وأمّا من حدّه بالثّلث، فإنّه مضى على ما تقتضيه شواهد الأصول الّتي حدّ فيها الكثير الثّلث. وقد قال عليه السلام: «**الثلث، والثلث كثير**»[1].

وأمّا من أحاله على العادة، فإنّه يقول: ما لم يرد الشّرع فيه بتحديد فإنّه يرجع فيه إلى مقتضى العوائد.

وقد اختلف عندنا في الثّلث في المسائل الّتي وقع فيها التّحديد، هل هو كثير أو قليل، على ما سنبيّنه إن شاء الله تعالى في موضعه.

وينبغي أن تعلم أنّ الخلاف في هذا لا يقع في الغبن على الإطلاق، وإنّما هو مقيّد بأن يكون المغبون لم يستسلم لمن باع منه، ولا هو أيضاً من أهل المعرفة وبقيمة ما اشتراه، وإنّما وقع في الغبن غلطاً وهو يعتقد أنّه لم يغلط.

وأمّا إن علم القيمة فزاد عليها، فإنّه يقدّر كالواهب إن فعل ذلك لغرض له فيه.

وكذلك إن استسلم البائع وأخبره أنّه غير عارف بالقيمة، فذكر له البائع ما أغراه به، مثل أن يقول: أعطيت فيها كذا، أو قيمتها كذا، أو سمّى الّذي باعها به منه، فإنّ هذا ممنوع منه باتّفاق.

---

(1) جزء من حديث متفق عليه. عن سعد ابن أبي وقاص، أوله: جاءني رسول الله ﷺ يعدني في عام حجّة الوداع...

وغبن المستسلم لا يجوز، فإن وقع كان للمغبون المقال في الغبن، كما يكون له في النّجش، على حسب ما تكلّمنا عليه في كتابنا **المعلم**.

وهذا الإختلاف سببه ما وقع من ظواهر تجاذبها المختلفان. فمن ذلك قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1] الآية. فيقول من يرى الخيار للمغبون: إنّ الغبن أكل مال بالباطل، فلا يقضى به، لنهي الله تعالى عنه. ويقول من لا يرى الخيار للمغبون: قد استثنى تعالى من ذلك التّجارة استثناءً عاماً. وكلّ تجارة الأكل فيها جائز على الإطلاق، كان فيه غبن أو لم يكن/ . ويقول الآخرون: هذا الاستثناء كأنّه ليس من الجنس ولا عائد للأوّل، وتقدير الكلام: لكنْ التّجارة عن تراض جائزة. وأمّا أكل المال بالباطل، فلا يقع فيه استثناء. وكذلك نهيه عليه السلام عن إضاعة المال[2] يتعلّق به من قال: للمغبون الخيار ويقول الآخرون: المراد بإضاعة المال إتلافه في غير غرض صحيح يقتضيه العقل، فأمّا ما اقتضاه رأى رجل لغرض صحيح، أخطأ فيه أو أصاب، فغير مراد بهذا الحديث.

وكذلك أيضاً تجاذب حديث **حبّان** لمّا شَكَا إلى النبيّ ﷺ أنّه يخدع في البيوع فقال: «**إذا بايعت فقل لا خلابة**»[3] / . ولم يحكم له بردّ ما تقدّم من الغبن. فلو كان يجب لبيّن ذلك، ولقضى له به. ويقول الآخرون: هذا لا حجّة فيه لأنّه لم يثبت عنده الّذي شكاه من الغبن ولا مقداره، ولا يلزم القضاء بما لم يثبت. ويقول الآخرون: قد قال عليه السلام: «لا خلابة»، وهذا يقتضي نفيها، اشترطت أو لم تشترط. ويقول الآخرون: إنّما يقتضي ردّ الغبن إذا اشترط: لا مغابنة. وأمّا إذا لم يشترط ذلك، فلا يردّ. والمراد بهذا اشتراط ألاّ مغابنة، ولو كان للمغبون مقال، لم يفتقر إلى اشتراط.

---

(1) سورة النساء: 29.

(2) فتح الباري ج13 ص11.

(3) أخرجه أبو داود: بيوع مختصر المنذري 5: 141.

وكذلك أيضاً يُتعلّق في هذا **بنهيه عليه السلام أن يبيع حاضر لباد**[1]، وإنّما هذا ليُغْبَن البادي، ولو كان الغبن حراماً ما نهي عن أمر يؤدّي إلى رفعه. ويقول الآخرون: إنّما شُرِع هذا لكون أهل البدو وأموالهم غلاّت إن ذهبت تعود. لا أثمان يَبذلُونها في هذه الغلاّت، وأهل الحضر يشترون غلاّت أهل البدو بالدّنانير والدّراهم، ويعسر عليهم خلفها. فوازن بين الضّررين، فرجّح حقّ من يدفع ما لاَ يمكنه خلفه إلاّ بمشقّة، على حقّ من يمكنه الخلف من غير مشقّة. فلا/ مدخل لهذا فيما نحن فيه؛ لأنّا نتكلّم على حضريّين أو بدويّين تبايعا فتغابنا.

وكذلك يُتعلّق في هذا **بنهيه عليه السلام عن تلقّي الرّكبان**[2]. وقد وقع في كتاب مسلم أنّ البائع بالخيار إذا أتى السوق[3].

فأثبت النبي عليه السلام الخيار للجالب لأجل ما يلحقه من الغبن. وهذا من أمثل ما يتعلَّق به أهل هذا المذهب. على أنَّه يجيب عنه الآخرون بأنَّه عليه السلام إنَّما نهى عن التلقي لحق أهل السوق، لئلاَّ ينفرد الخارج عن المدينة بالأرباح دونهم. وإن خرجوا كلهم، فقد أضرَّ بالناس فقد جميع أهل السوق فنهي المتلقي عن ذلك لحق أهل السوق. فإذا باع منه الجالب وأتى إلى السوق، فكان العقد قد منع الشرع منه المشتري لحق أهل السوق، وجب فسخه، فلم يلزم البائع إلاَ أن يختار إمضاء على نفسه بعد الإطلاع على الغبن، فيكون كالواهب لماله فلا يمنع من هذا.

فأنت ترى كيف وقعت المشاركة في هذه الظواهر والمزاحمة عليها.

وينبغي أن تعلم أنَّا قدَّمنا أنَّ المستسلم وإن لم يشترط ألاَ غبن، فإنَّ استسلامه لمن باع منه كالشرط عليه بأن لا يغبنه. واتفق على أن للمغبون مقالاً. كما أنَّ من علم القيمة فزاد عليها، اتفق على أنَّه لا مقال له، لأنَّه كالواهب.

---

(1) اللؤلؤ والمرجان: 973.

(2) اللؤلؤ والمرجان: 973.

(3) إكمال الأكمال: 4: 188.

والمغبون غلطاً منه على نفسه، هل يقدر أنَّه كمشترط في رضاه ألاَّ يكون غبناً فيكون له الرد؟ أو لا يقدر مشترطاً بل هو راضٍ بما عقد على نفسه على أي حال كان، فيلزمه ذلك؟ وقد ضمن القاضي **أبو محمد عبد الوهاب** إلى هذا المعنى الذي نبهتك عليه بأن قال في آخر كلامه؟ إذا دخل على بيع النَّاس المعتاد. فأشار بهذا إلى ما قلناه وبالله التوفيق.

كتاب الرّدّ بالعيب



بسم الله الرحمن الرحيم
صلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلّم تسليماً
كتاب الرد بالعيب

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه: ومن ابتاع سلعة على السلامة فظهر[1] بها عيب يوجب الرد، فهو بالخيار بين أن يرد ويرجع بالثمن، شاء البائع أو أبى، أو يمسك، ولا شيء له: أرش ولا غيره، إلاّ أن يبذل له البائع الأرش. ولا يلزم في الأرش بذله/ ولا أخذه بالتراضي[2] ما دام رد العين ممكناً. **قال الإمام رحمه الله**: يتعلّق بهذا الفصل أربعة أسئلة، منها أن يقال:

1 ـ ما الدليل على تحريم البيع بالعيب؟

2 ـ وهل يمنع التدليس من صحّة البيع؟

3 ـ وما حكم العيب إذا اطلع عليه المشتري؟

4 ـ وهل تختلف العقود في الرد بالعيب؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: أمّا الغش والتدليس في البياعات فمحرّم. والدليل عليه من الكتاب والسنّة وإجماع الأمّة.

فأمّا الكتاب فقوله تعالى ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ ﴾.[3] فإذا باع سلعة وكتم ما بها، فقد أخذ ما زاد من الثمن،

---

(1) في غ: نوج.

(2) في غ و الغاني: ولا يلزم يدل الأرش ولا أخذه إلاّ بالتراضي.

(3) سورة النساء: 29.

وهي سليمة، على ثمنها معيبة. وفي الصحيح أنّه عليه السلام قال: «لا تصرُّوا الإبل»[1] الحديث. فنهى عن التصرية، وهي ترك اللبن في الضرع ليعظم جرمه في العين، فيعتقد المشتري أنَّ ذلك عادتها في الحلاب، فيزيد في الثمن لأجل هذا التدليس. وقد خرج مسلم في صحيحه **أنَّه عليه السلام مرَّ بصبرة طعام فأدخل يده فيها فنال أصابعه بلل، فقال: ما هذا؟ فقال: يا رسول الله أصابته السماء، فقال: هلاَّ جعلتموه على وجه الصبرة حتَّى يراه الناس، من غشَّ فليس منَّا**.[2] وقد ذكر في الحديث أنَّه أوحي إليه: بأن أدخل يدك فيها، فبالغ ﷺ في التغليظ في المنع من الغش حتَّى أورد كلاماً ظاهره إخراج الغاش من الدين. وقد اختلف الناس في تأويل هذا الحديث، وهو قوله عليه السلام: «**من غشَّنا فليس منَّا**» على خمسة أقوال. فمنهم من قال: المراد به أنَّ من **غشَّ** فليس على ديننا. قال ابن داوود: هذا غلط لأنَّ الغاش ليس بكافر.

وهذا الذي قدح به ابن داوود في هذا التأويل بعض الناس إلى أن حمل الحديث على أنَّ المراد به: من غشَّنا مستحلا لغشنا، وهذا لا شكَّ أنَّه يكفر به الغاش، لأنَّ استحلال ذلك مع أنَّ الشرع حرَّمه تكذيب للشرع، ومن كذَّب الشرع فهو كافر. وكان يقال في المذاكرة، فيصير هذا الإستدراك قولاً ثانياً.

وقد قيل: إنَّه ليس مثلنا. وطعن ابن داوود في هذا التأويل، وقال: النبي عليه السلام لا مثل له. هذا الذي طعن به ضعيف، لأنَّه صدق في أنَّ النبي لا مثل له منا في نبوَّته وعصمته وشرفه عند الله تعالى، وليس المراد بقول هؤلاء: ليس مثلنا في ذلك، وإنَّما المراد ليس مثلنا في تحريم ما يحرم وتحليل ما يحل والكف عن المحرَّمات.

وقيل: المراد ليس منا في فعلنا وسنَّتنا. وأنكر ابن داوود هذا أيضاً، وقال: الغش غير الغاش، وإنَّما ذكر في الحديث الغاش لا فعل الغاش. وهذا

---

(1) مسلم: إكمال الإكمال 184:4.

(2) مسلم: إيمان: ح 164 ـ أبو داود بيوع: 50.

أيضاً قد يجاب عنه، قد يراد بهذا التأويل: الكناية عن الغاش.

وقيل المراد: ليس هو على مثل فعلنا وسنّتنا. وهذا الذي اختاره **ابن داوود** لأجل ما قدّمه/ من القدح في التأويلات التي ذكرناها.

وقد ذكر **ابن حبيب** من أصحاب **مالك** أنّ المراد ليس مثلنا ولا على سنتنا. فأنت ترى **ابن حبيب** كيف استسهل الجمع بين تأويلين مما قدمنا، وهما نفي المثلية والإتباع على الفعل، فدلَّ على أنّ المراد بهذين متقارب. وإنّما المقصود ليس على/ سنّتنا ولا متبع لنا. كما حكي في **الكتاب العزيز** عن **إبراهيم** عليه السلام: ﴿فَمَن تَبِعَنِي فَإِنَّهُۥ مِنِّي وَمَنْ عَصَانِي فَإِنَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ .(1)

ومعلوم أنَّ مراد **إبراهيم** صلوات الله عليه بقوله: «فإنّه مني» أي على سنّتي وطريقتي وهديي. وكذلك قوله عليه السلام: «**من غشَّ فليس منّا**» المراد به على سنتنا وهدينا.

ومما يدل أيضاً على تحريم التدليس ما رواه **عقبة ابن عامر الجهني** أنّه عليه السلام قال: «**لا يحل لمسلم أن يبيع من أخيه بيعابه عيب إلاَّ أن يبينه**»(2). وقال أيضاً عليه السلام في المتبايعين: «**إن صدقا وبيّنا بورك لهما وإن سكتا وكتما محقت بركة بيعهما**»(3). وأمّا الإجماع فليس بين المسلمين خلاف في تحريم الغش والتدليس في البياعات.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال: إذا ثبت تحريم الغش والتدليس في البياعات لأجل ما قدّمناه من الأدلّة، فإنَّ البيع إذا وقع على ذلك لم يمنع من صحّته وانعقاده. ولا يكون البيع فاسداً يفسخ وإن رضي به المتبايعان. هذا مذهب فقهاء الأمصار.

ومن الناس من ذهب إلى أنَّ البيع يفسد بذلك، وقرَّر أنَّ التدليس لما ورد

---

(1) سورة إبراهيم: 36.

(2) ابن ماجة: تجارات ج: 45.

(3) فتح الباري 216:5 ـ وأخرجه مسلم والترمذي وأحمد.

الشرع بتحريمه، صار البائع قد عقد بيعاً منهياً عنه محرماً عليه. والنهي يدل على فساد المنهي عنه عند بعض أهل الأصول. وهذه الطريقة التي استند إليها من صار إلى هذا المذهب.

وقد أجيب عن هذا بأنَّ النَّهي إنَّما يدل على فساد المنهي عنه إذا كان النهي لحق الله تعالى، وأمَّا إذا كان لحق الخلق، فإنَّه لا يدل على فساد العقد، والنهي عن التدليس لحق الخلق وكون المشتري لا يحل ظلمه وأخذ ماله بالباطل، فلم يقتض هذا النهي فساد العقد.

وهذا الذي ذكرناه عن ذهاب أصحاب هذه الطريقة إلى اعتبار النهي، هل يتعلَّق بحق الله سبحانه أو بحق الخلق؟ قد ينتقض عليهم بغاصب غصب سلعة فباعها فأراد ربها لما مكن منها أن يجيز البيع، فإنَّ المشهور عندنا من المذهب أنَّ ذلك له. وحكى ابن شعبان قولاً ثانياً: أنَّه يفسخ، ولا يمكن رب السلعة المغصوبة من إجازة البيع. وهذا لأنَّ هؤلاء اعتقدوا أنَّ هذا إذا اشتراه منه/ كان منهياً عنه، اقتضى ذلك فساد العقد. ولكن قد يقال في هذا: إنَّ الغصب لو علم به المشتري لم يمكن رب السلعة من إجازة ذلك وإمضائه، لكون المشتري قد دخل على غرر وهو ترقب إمضاء رب السلعة للبيع أو رده، كما قيل في أحد القولين عندنا في هذا. والعيب لو علم به المشتري ولم يكن[1] فعل البائع منهياً عنه إذا علم أنَّ المشتري قد علم به، ولا يتعلَّق بعقده خيار لغيره، فيكون العقد فيه غرر.

ومن آكد ما يدل على أنَّ التدليس لا يمنع من صحَّة البيع حديث النهي عن التصرية فإنَّه عليه السلام قال: «**لا تصروا الإبل فمن اشتراها فهو بخير النظرين إن شاء أن يمسكها وإن شاء أن يردها وصاعا من تمر**»[2] الحديث المشهور. فنصَّ ها هنا على أنَّ المشتري له الإستمساك بالبيع الذي دلس البائع فيه بالعيب.

(1) هكذا في النسختين ولعلَّ الصواب: لم يكن (بحذف واو العطف).
(2) فتح الباري ج5 ص 265/273.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال: حكم المبيع إذا اطلع فيه على عيب فخير المشتري بين الرضا بالمبيع معيباً ولا يسترد من الثمن شيئاً، أو يرد المبيع ويأخذ جميع الثمن على ما اقتضاه حديث المصراة. وسنعتذر عن ذكر الصاع في/ موضعه، إن شاء الله تعالى. وأيضاً فإنَّ المشتري لا يلزمه أن يأخذ معيبا، وقد نقد الثمن في سليم من العيب، لأنَّ ذلك تجارة لم يرض بها. وكذلك لا يلزم المشتري إذا بذل البائع له قيمة العيب قبول ذلك منه لأنَّه لم يرض إلاَّ بشراء سليم من العيب. وكذلك أيضاً لا يجبر البائع على دفع قيمة العيب لأنَّه لم يرض أن يبيع إلاَّ بالثمن الذي أخذ، فلا يلزمه البيع بأقل منه.

فإن قيل: قد قلتم في استحقاق الأقل من المبيع إذا كان جملة عدد: إنَّ البيع منعقد في الأكثر، ويرجع المشتري بما استحق، فهلاَّ كان حكم العيب كذلك، لأنَّه جزء ذهب من المبيع كما ذهب الجزء بالاستحقاق ؟ قيل: استحقاق ثوب من عشرة أثواب لا يعيب الثياب الباقية ولا يزهد في المقصود منها. وإذا اشترى ثوباً فوجد قطعاً أو خرقاً، فإنَّ ذلك الجزء الذاهب، وإن اختص بمحله، فإنَّه يسري إلى جملة الثوب، وكأنَّ العيب وجد في كل جزء منه، فصار المقصود من المبيع لم يحصل، فأشبه استحقاق الأكثر من العدد في المبيع. فإذا علم أنَّ الحكم مع قيام المبيع وكونه لم يتغيَّر تخيير المشتري من الرد وأخذ الثمن، أو يتمسك بالمبيع ولا شيء له، فإنَّ التراضي على أخذ الأرش وهو قيمة العيب جائز. **قال القاضي أبو محمد في غير هذا:** خلافاً لمن منعه.

والذي أشار إليه/ بأنَّه منعه هو **الشافعي**، لأنَّه منع من ذلك. منع من أخذ عوض عما ثبت للشفيع عن إسقاطه ما له من التخيير في الأخذ بالشفعة أو إسقاطها على مال يأخذه، لأنَّه يقدر أنَّ التخيير المستحق في مثل هذا ليس بمال فيصح أن يعاوض عنه بمال. وخالفه **ابن شريح** من أصحابه فأجاز التراضي على أخذ الأرش، كما يجوز التراضي على إسقاط القصاص، لكون ذلك مما يرجع إلى مال في بعض الأحوال.

وهذا الذي أشار إليه القاضي **أبو محمد** في غير كتابه هذا من أنَّ مذهبنا جواز التراضي على أخذ الأرش، ومذهب غيرنا المنع منه، يجب عندي أن يفصل القول فيه إذا قصد إلى حكاية المذهب. فيقال: إن علم المتبايعان بمقدار قيمة العيب قبل التراضي به، فإنَّ هذا لا يمنع، ولا يتصوَّر فيه وجه يوجب المنع منه، لارتفاع الجهالة مع هذا التراضي، ويقدر أنَّهما استأنفا عقدا ثانيا بثمن معلوم. وأمَّا إن تراضيا على الرجوع بقيمة العيب، وهما غير عارفين بقيمته، فإنَّ هذا يجري عندي على القولين في مسألة استحقاق أكثر الصفقة المبيعة، كمشتري عشر ثياب استحق منهاثمانية، فإنَّ المشهور من المذهب منع المشتري من الاستمساك بالثوبين الباقيين بمقدار حصَّتهما، لكون ذلك كابتداء عقد بثمن مجهول. وأجاز ذلك في كتاب **ابن حبيب** وكذلك التراضي بأخذ الأرش مع كون المشتري قادراً على أن يرد المبيع المعيب ويسترجع الثمن المعلوم الذي دفع، فعدوله عن ذلك كاستئناف عقد بثمن مجهول، فيمنع على المذهب المشهور.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال: العقود ثلاثة 1 ـ عقد معاوضة مبني على المكايسة كالبيع المحض، فهذا يثبت فيه الرد بالعيب. 2 ـ وعقد طريقه الصلة المحضة كالهبة والصدقة، وهذا لا يتصوَّر فيه حكم الرد بالعيب، إذ لا عوض له يرتجعه بالرد بالعيب.

وعقد ظاهرة المكارمة/ وباطنه المعاوضة كالهبة المقصود بها طلب المكافأة، فهذا نبسط القول فيه في كتاب الهبات، إن شاء الله تعالى.

وحكى القاضي **إسماعيل** رضي الله عنه عن عبد الملك **ابن الماجشون** أنَّ الموهوب لا يرد الهبة بالعيب. وقاله **المغيرة** إلاَّ في العيب المفسد. وكأنَّ من ذهب إلى هذا يقدر أنَّ الموهوب إنَّما قبل الهبة ليبذل أكثر من قيمتها، فإذا لم يكن قصد الموهوب المكافأة بالقيمة بل بأكثر منها، لم يكن له مقال، لأنَّ سبب وجوب الرد بالعيب ما يؤدي إلى الانتقاص ممَّا دخل عليه المشتري.

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه:/ وحدوث عيب عند المشتري ليس

بفوت يمنع الرد. وهو بالخيار إن شاء رده وما نقصه العيب عنده، وإن شاء تمسك به وأخذ الأرش.

قال الإمام رحمه الله يتعلَّق بهذا الفصل خمسة أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ ما أقسام العيوب الحادثة عند المشتري؟

2 ـ وما حكم كل قسم منها؟

3 ـ وما وجه إسقاط مطالبة المشري بالعيب اليسير إذا حدث عنده؟

4 ـ وما الدليل على ما ذكره القاضي أبو محمد من تخيير المشتري؟

5 ـ وهل يسقط التخيير بإسقاط البائع طلب قيمة العيب الحادث؟

فالجواب عن السؤال الأوَّل أن يقال: العيوب الحادثة عند المشتري على ثلاثة أقسام:

عيب يسير ومثله في **المدونة** بالحمى والصداع والرمد والكي والدماميل. وأشار إلى كل عيب محتقر لا يؤثر كبير نقص في الثمن. وقد خولف في أحد ما مثل به وهو الحمى. فرأى **سحنون** أنَّها ليست من العيوب اليسيرة التي يعفى عنها. وأشار بعض الأشياخ إلى أنَّ مراد **ابن القاسم** الحمَّى اللطيفة التي يقرب زوالها وانقشاعها. وكذلك الرمد يختلف حاله. وذهب **ابن كنانة** إلى التوقف عن الرد للمبيع حتَّى ينكشف حال المرض، هل يموت العبد أو يفيق؟ وهو اختيار بعض أشياخي فيما ذكره **ابن القاسم** في المدونة في الرمد والحمى. وفي رواية **ابن القاسم** أنَّ المرض لا يمنع من الرد إلاَّ أن يكون مخوفا. وبالجملة فإنَّ مرجع الاختلاف والاضطراب في هذه المسائل راجع إلى ما يغلب على ظن الفقيه: من كون العيب الحادث يبطل الغرض المقصود فيمنع من الرد ويوجب قيمة العيب، أو لا يبطل الغرض المقصود فيثبت الخيار بين الرد وغرامة قيمة العيب الحادث، أو التمسك وأخذ قيمة العيب القديم، فيما غلب على ظنه من هذه الأحوال حكم للعيب بحكم ما قيل فيها.[1]

(1) لم يُذكر القسمان الثاني والثالث.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال: أمَّا العيب اليسير الحادث عند المشتري، فالحكم أن يعفى، ولا يلزم المشتري غرامته إذا اختار الرد.

وأمَّا العيب الذي ينقص من الثمن مما له مقدار وبال، ولكنَّه لا يبطل الغرض المقصود من المبيع، فإنَّ مذهب **مالك** رضي الله عنه أنَّ المشتري بالخيار بين أن يردَّ المبيع وقيمة العيب الحادث عنده، أو يتمسَّك ويأخذ قيمة العيب الذي كان عند البائع.

وذهب **أبو حنيفة والشافعي** إلى أنَّ المشتري لا حقَّ له في رد المبيع، وإنَّما حقه أخذ قيمة العيب الذي كان عند البائع.

وظاهر مذهب **أبي ثور** أن ذلك لا يمنع الرد كما قاله **مالك** وإن[1] رد ما نقص عنده، لكنَّه إن أمسك، لم يأخذ قيمة العيب خلافاً لما/ حكيناه عن **مالك** رضي الله عنه.

وذكر **الطحاوي** أنَّه قد خالف بعض من تقدَّم ومن تأخَّر في حكم العيب الحادث، فقال **عطاء**/ : لا عهدة بعد الموت. وقال **محمد بن شجاع**: لا مطالبة للمشتري بالعيب القديم قال: وهو القياس، لأنَّ العيب ليس بمثمون، ولو كان مثموناً لأخذ قيمة العيب مع قيام المبيع. فأشار إلى أنَّ الحكم الرد بالعيب القديم. ولكن إذا رد المبيع على البائع، على حسب ما أخذه منه، فإذا لم يمكنه ذلك، لم يمكن من رده، وإذا لم يمكن من رده، بطل حقه في القيام به.

وهذه جملة المذاهب في هذا القسم.

وأمَّا حكم العيب الذي يبطل الغرض المقصود فإنَّه يمنع من الرد، لكون الرد لعين المبيع يكون في معنى المستحيل. وإذا امتنع، كان من حقه أن يطلب ثمن الجزء الذي عاوض عليه ولم يدفعه البائع.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال: أمَّا وجه العفو للمشتري عن غرامة

---

(1) هكذا في النسختين: ولعلَّ الثواب حذف الواو.

العيب اليسير الحادث عنده، فإنَّ **الأبهري** أشار إلى أنَّ هذا الحكم إنَّما يختص بعيب حدث عنده لا يؤثر نقصاً بشرط أن يكون النقص يسيراً. وقال بعض المتأخرين: إنَّما كان الأمر هكذا لأنَّ العيب من جهة البائع. فإن كان عالماً به، فقد دلس وفعل ما لا يحل، وظلم والظالم أحق أن يحمل عليه. فإن لم يعلم، فإنَّه مفرط. إذ لم يكشف عن العيب قبل أن يبيع، والمفرط كالمتعمد في هذا المعنى، مع كون الغالب حدوث هذه العيوب اليسيرة، فيقدر البائع كالعاقد على أن يتجاوز عن المشتري فيها.

ومال بعض المتأخرين إلى أن لا يعفى للبائع عن العيب اليسير إذا اطلع عليه المشتري، ولا فرق بين البائع والمشتري في هذا.

وقد أشرنا نحن إلى ما قيل من الفرق بينهما من كون البائع مدلساً ومفرطاً، فوجب أن يحمل عليه.

ومال بعض أشياخي إلى أنَّه لا يصفح للمشتري عن ذلك إذا لم يكن البائع مدلساً، لأنَّه يرى المدلس ظالماً يحمل عليه بخلاف من لا يدلس.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال: أمَّا ما ذكرناه عن**محمد بن شجاع** فقد وجَّهناه.

وأمَّا ما ذكرناه عن **أبي ثور** فإنَّه يحتج بحديث المصراة. وقد قال فيه ﷺ: «**فمن ابتاعها فهو بخير النظرين إمَّا أمسكها أو رد وصاعاً من تمر**»(1) الحديث المشهور. فقدر ما حلب المشتري كالنقص الحادث عنده، فرد عوضه وجعل له الإمساك من غير غرامة يطالب بها البائع.

والإنفصال عن هذا الذي قال أنَّ الذي احتلبه المشتري ليس كالعيب الحادث عنده، وإنَّما/ هو لبن فيه حق البائع، وهو ما كان حين العقد، وفيه حق للمشتري، وهو ما كان بعد العقد، لا يتميَّز هذا من هذا، فجعل عليه السلام عوض اللبن الذي من حق البائع مع الشاة. فأفاته قبل الرد.

---

(1) فتح الباري ج5 ص 265/271.

وأمَّا سبب الخلاف بين **مالك والشافعي** فإنَّه يلتفت فيه إلى تغليب أحد الضررين. فالبائع يلحقه الضرر إذا رد عليه ما باعه وقد تغيَّر، وعوض النقص ليس هو عين النقص، فكأنَّ المردود ليس بعين ما باع. وكذلك المشتري يلحقه الضرر إذا أمسك المعيب وغرم[1] عوض النقص لأنَّه لم يدخل على ذلك. فإذا تقابل الضرران، رُجِّحَ أحدهما على الآخر.

فرجَّح **مالك** جنبة المشتري بما قدَّمناه من كون البائع متعمداً للتدليس أو مفرطاً في ترك الكشف عن العيب، فكان أولى بأن يحمل عليه فترد سلعته إليه.

ورأى **الشافعي وأبو حنيفة** أن البائع يريد استدامة العقد، والمشتري/ إذا أراد الرد فقد أراد فسخه، واستصحاب انعقاد البيع أولى من إحداث حكم آخر، وهو فسخه، ألا ترى أنَّ العنين إذا ضرب له الأجل فقال: وطئت. وقالت المرأة: لم يطأ، فإنَّ **مالكاً** لا يصدقها، لمَّا كانت تحاول فسخ العقد والزوج يحاول استدامته.

وأجيب عن هذا التشبيه بأنَّ الزوج إذا قال: وطئت، فإنَّه لم يسلم العيب الذي ترد به المرأة النكاح. ومسئلتنا في عيب اتفق عليه المتبايعان. ألا ترى أنَّ الزوج إذا طلَّق وقال: كنت ارتجعت، فإنَّه لا يصدق، وإن كان يدعي ما يستديم العقد، لمَّا كان الطلاق وانقضاء العدَّة قد ثبت، وهو يحاول رفع ما ثبت من ذلك.

وأمَّا حديث المصراة، فإنَّ المخالف يقول فيه: ما فعله المشتري إنَّما هو استعلام العيب. والحادث المفتقر إليه في استعلام العيب لا يؤثر بخلاف ما حدث مما لا تعلّق له بالكشف عن العيب.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال: إذا حاول المشتري الذي حدث عنده عيب رد المبيع لعيب قديم، فلا قدرة للبائع أن يصده عن ذلك. وإن حاول

(1) أي: أخذ المشتري غرامة النقص.

التمسك بالمبيع ومطالبة البائع بقيمة العيب القديم فقال البائع: أنا أحط عنك قيمة العيب الحادث عندك، فلا يكون لك الخيار إلاَّ في التمسك، ولا مطالبة لك علي أو تردَّ عليَّ ولا شيء عليَّ ولا شيء عليك. كما لو اطلعت على عيب كان عندي ولم يحدث عندك عيب، فإنَّك لا تمكن من مطالبتي بقيمة العيب. فإسقاط غرامة العيب الحادث عندك يصيره كما لم يحدث عندك فإنَّه يمكن من ذلك في المشهور من المذهب.

وحكى **ابن مزين** عن **عيسى ابن دينار** أنَّه لا يقبل هذا/ من البائع، بل يبقى المشتري على خياره بين أن يردَّ ويأخذ ما نقص أو يمسك ويأخذ قيمة العيب. ولم يقدر أنَّ علَّة إثبات التخيير للمشتري ما توجَّه عليه من غرامة. ألا ترى أنَّه قد قيل في إحدى الروايتين في الحيوان الهزيل إذا سمن: إنَّه يرده، إن شاء، أو يمسك ويأخذ قيمة العيب وإن لم تتوجَّه عليه غرامة. وهذا التشبيه ضعيف لأنَّ الخسارة للسمن كالغرامة لأخذ قيمة العيب. وقد قال بعض الأشياخ إنَّ مذهب **عيسى** يقتضي تمكين المشتري من المطالبة بقيمة العيب وإن لم يحدث عنده عيب لأنَّ البائع لمَّا أسقط عن المشتري غرامة ما حدث عنده، صار كمن لم يحدث عنده شيء. وهذا قد ينفصل عنه بأنَّ تخير المشتري حق له قد ثبت، وإن كانت علَّته الغرامة التي تلحقه مرتفعة، فرفع الغرامة بعد أن استقرَّ حكمها كما قيل في المسائل التي ترتفع عللها ولا يرتفع حكمها على ما سيبسط في أصول الفقه.

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب قبل هذا: فإن فات، لم يكن له إلاَّ الأرش. والفوت هو ما لا يمكن الرد معه إمَّا لتلف المبيع كالموت والزمانة والهرم الذي لا يبقى معه انتفاع به، وإمَّا لتلف الملك كالعتق والتدبير والاستيلاد والكتابة، وفي بيعه خلاف. والصحيح أنَّه فوت يوجب الأرش. والإباق فوت.

قال الإمام رحمه الله يتعلَّق بهذا الفصل اثنا عشر سؤالاً. منها أن يقال:

1 ـ ما أقسام التغير الحادث عند المشتري على التفصيل. 2 ـ ما يتوقَّع

منها مثل تغير الأسواق. 3 ـ والاختلاف بنقص مثل تغيرها بزيادة؟ 4 ـ ومثل تغير البدن بزيادة ومثل تغيره بنقص أو زيادة؟ 5 ـ ومثل ولادة الأمة؟[1] 6 ـ وما الحكم/ في تلف الملك بالبيع؟ 7 ـ وما حكم المعيب إذا عاد إلى يد مشتريه؟ 8 ـ وما حكم تكرار البيع فيه بتدليس وغير تدليس؟ 9 ـ وما حكم المشتري إذا باع بعض المبيع؟ 10 ـ وما حكم وطء الأمة المبيعة؟ 11 ـ وما حكم رهن العبد المعيب وإجارته؟ 12 ـ وما حكم العيب في بعض الصفقة؟

فالجواب عن السؤال الأوَّل أن يقال: التغيير الحادث عند المشتري على قسمين: تغيير من ناحية القيمة، وتغيير من ناحية العين والتغيير من ناحية القيمة على قسمين: زيادة من ناحية القيمة، وزيادة من ناحية الجسم.

والتي من ناحية القيمة على قسمين أيضاً: زيادة من ناحية السوق، وزيادة من ناحية لا تشاهد في الجسم.

ولكل واحد من هذه الأقسام حكم وفروع يسيرة.

فأمَّا حكم الزيادة من ناحية القيمة، فإنَّه لم يختلف عندنا في أنَّها لا تأثير لها. ولا تغير ما قلناه في حكم العيب المطلع عليه من كون المشتري/ بالخيار إمَّا أن يتمسَّك ولا شيء له، وإمَّا أن يرد ولا شيء عليه.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال: أمَّا التغيير من ناحية السوق، فقد ذكرنا أنَّه لا تأثير له. ومال بعض الأشياخ إلى اعتباره. وقد اعتبر أهل المذهب في البيع الفاسد تغيير السوق وجعله أهل المذهب فوتاً يمنع من فسخ البيع الفاسد. وما ذلك إلاَّ لأجل الضرر اللاحق بالفسخ، لكون السوق إذا زاد، أضرَّ بالمشتري فسخ البيع، وإذا نقص، أضرَّ ذلك بالبائع لكونه ترجع إليه سلعته وهو يخسر فيها. فجعل حوالة الأسواق فوتاً على الإطلاق، لمَّا تساوى هذا الضرر بين البائع والمشتري، فعدل بينهما بأن جعل تغير السوق بزيادة أو نقص فوتاً في حقهما جميعاً. وكان مقتضى التعليل الذي أشرنا إليه أن يكون الفوت في حق

(1) الأسئلة (3) (4) (5) هي على معنى الإستفهام بدون ذكر أداته.

المشتري إذا زادت الأسواق وفي حق البائع خاصة إذا نقصت الأسواق. لكن لمَّا تساوى الإمكان في الزيادة والنقصان من الطرفين جميعاً جعل ذلك حكماً عاماً.

وقد أشار المتقدمون إلى الفرق بين البيع الفاسد والرد بالعيب، فإنَّ البيع الفاسد دخل فيه المتعاقدان، ولا مزية لأحدهما فيه على الآخر. والعيب من جهة البائع، لأنَّه إن تعمَّد، كان مدلساً. وإن لم يتعمَّد، كان مقصراً إذ لم يكشف عن العيب قبل أن يبيع، فلم يكن لاعتبار التدليس من غير جهته معنى، مع كونه مدلساً أو مقصراً. وإذا لم يعتبر ذلك من جهته، لم يعتبر أيضاً من المشتري زيادة السوق عدلاً بينهما.

وأمَّا إن كان تغير القيمة ليس من ناحية السوق لأمر أثر في البدن لحدوث سرقة العبد أو زناه أو إباقه عند المشتري، فإنَّ هذا وإن نقص من ثمنه، فقد قال **ابن حبيب**: لا مطالبة على المشتري إذا ردَّ بالعيب بقيمة هذا العيب الحادث عنده. وأنكر أشياخنا مذهبه هذا ورأوه خلاف الأصول. وحاول بعضهم إثبات خلاف في هذا، فأشار ما رآه[1] **ابن القاسم** في **المستخرجة** من أنَّ مشتري جارية اطلع فيها على عيب بعد أن أزوجها وولدت، أنَّه إن اختار ردَّها بالعيب، لم يرد قيمة عيب النكاح الحادث عنده، وقدر هذا المتأول أنَّه إنَّما قال ذلك لكون عيب النكاح نقصاً في القية لم يؤثر في العين، فأشبه حوالة السوق. وهذا عندي قد يعتذر عنه بأنَّه ذكر في الرواية أنَّ الأمة ولدت، ويمكن أن يكون ولدها جبر عيب النكاح ومحا أثر نقصه، فلم يتوجَّه لأجل ذلك على المشتري/ غرامة، كما سنحكيه عن **المدونة** بعد هذا في جبر عيب النكاح بقيمة الولد. / وإنَّما يبعد هذا التأول الذي تأولناه كونه لم يقيد الجواب كما قيَّده في **المدونة** باعتبار قيمة الولد، هل يجبر عيب النكاح؟ فلهذا أطلق الجواب ولم يقيده. وقد روى **محمد ابن صدقة** في **المدنية** عن **مالك** فيمن اشترى أمة فأزوجها ثمَّ اطلع على عيب، أنَّه له أخذ قيمة العيب أو ردَّها مع ما نقص النكاح. وهذا الذي قاله هو أصل

(1) هكذا في النسختين ولعلَّ الصواب: فأشار إلى . . .

المذهب لمَّا لم يكن ها هنا ولد حادث يجبر به.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال: أمَّا تغير القيمة بزيادة من ناحية السوق، فقد تكلَّمنا عليه. وأمَّا تغيرها بزيادة من ناحية تعلم صناعات، فإنَّ المشهور من المذهب أنَّ من اشترى عبداً فعلَّمه صناعة زاد بها ثمنه، أو جارية علَّمها صناعة زاد بها ثمنها، فإنَّ المشتري إذا اطلع على عيب لم يكن له أخذ قيمة العيب لأجل هذه الزيادة، بل يخير بين الرد ولا شيء عليه[1] أو الإستمساك ولا شيء له. هذا هو المنصوص في المذهب. وحاول الأشياخ فيه تخريج خلاف. فقال بعضهم: قد وقع في **الموّازيّة** فيمن اشترى عبداً فأعتقه وعليه دين فردَّ السلطان عتقه وباعه عليه في الدين، ثم أيسر المديان ثم أعسر، فاطلع المشتري من السلطان على عيب قديم كان عند البائع، أنَّ للمشتري أخذ قيمة العيب، لأنَّه إن ردَّه بالعيب أعتق على المديان المبيع عليه العبد لأجل ما حدث له من اليسر. وإذا أعتق عليه وقد صار معسراً، لم يجد مشتريه عنده ما يأخذ منه الثمن، فكان تخوف هذه الخسارة عذراً له يوجب له أخذ قيمة العيب. وكذلك خسارة ما أنفق عليه المشتري من أجرة في تعليم صناعة. وهذا يجاب عنه بأن يقال: العذر في مسألة ابن **الموّاز** كون المشتري لمَّا اختار الرد تضمَّن الردَّ المطالبة بالثمن، وهذا لا يجد ثمناً، فلم يلزمه تسليم المثمون من غير أخذ ثمنه. وما أنفق من أجرة في تعليم صنعة لا تعلق له بالرد ولا بالثمن، فلهذا لم يكن للمشتري فيه مقال.

وحاول بعض أشياخي أن يخرج خلافاً في المسألة مما وقع في **المبسوط** من أنَّ من تزوَّج امرأة، وأصدقها خادما، وعلمتها صناعة أدت فيها أجرة، فطلقها الزوج قبل البناء ووجب له ارتجاع نصف الأمة، أنَّه يجب عليه غرم نصف الأجرة، فلمَّا أوجب على الزوج غرامة ما أنفقته الزوجة التي هي مشترية[2] للأمة، فكذلك يجب أيضاً للمشتري عبدا فردَّه بعيب أن يكون له مقال فيما أنفق.

(1) هكذا في النسختين، [ولا شيء له].

(2) في التعبير بـ (مشترية) تجوّز.

وهذا الذي قاله/ شيخنا فيه نظر أيضاً عندي، لأنَّه قد قيل في أحد القولين: إنَّ الزوجة إذا اغتلت الجارية، التي هي الصداق، ثمَّ طلَّقها الزوج، أنَّه يرجع عليها بنصف ما اغتلت، لأجل أنَّه يقدر أن نصف الصداق لم ينتقل عن ملكه، وإنَّما يستقر لها ملك جميعه إذا دخل بها. والمشتري المطلع على عيب لا يرد الغلَّة باتفاق لكون ملكه مستقراً. فهذا التعقب الذي يظهر لي في التخريجين جميعاً. وإن كان ما ذكرته من التعقب على تخريج شيخي أظهر من التعقب الآخر على غيره.

وأشار بعض الأشياخ أنَّ هذا ينبني على ما ذكره **ابن حبيب** من كون الإباق الحادث عند المشتري لا مطالبة عليه بقيمته لكونه عيباً لم يؤثر في الخلق بل في الأخلاق. فكذلك/ المطالبة في هذه الزيادة لا تجب لكونها ليست بزيادة في الجسم.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال: إذا اشترى حيواناً عبداً أو دابَّة وهو سمين فهزل أو عجف، أو هزيل أو أعجف فسمن، فإنَّ المذهب اضطرب في ذلك.

فذكر **ابن حبيب** أنَّ ذلك فوت.

وذكر عن مالك أنَّ ذلك ليس بفوت.

وذكر عن **ابن القاسم** أنَّه يرى الهزال في ذلك فوتاً ولا يرى السمن فوتاً.

وفي **الموّازية** أنَّه إذا عجفت الدابة التي اشتراها، فإنَّ المشتري بالخيار بين أن يرد ويرد ما نقص العجف، أو يمسك ويأخذ قيمة العيب.

وفي **الموّازية** أيضاً أنَّ الأمة إذا سمنت يردها ولا شيء له أو يمسكها ولا شيء له.

وذهب **ابن مسلمة** إلى أنَّ العجف فوت يوجب أخذ قيمة العيب ولا يمكن المشتري من الرد. وكذلك ذكر في المدونة في صغير كبر أو كبير هرم، أنَّ ذلك

فوت والحكم فيه أخذ قيمة العيب.

وذكر أيضاً أنَّه بالخيار في الصغير إذا كبر بين أن يرده ولا شيء له، أو يمسكه ويأخذ قيمة العيب.

وذكر أيضاً في الهرم أنَّه يرده ويرد ما نقص.

وذكر في **الموازية** أنَّ من اشترى أمة مريضة فصحَّت، أو هزيلة فسمنت، أو سمينة فهزلت، أنَّ ذلك لا تأثير له، وهو بالخيار بين أن يمسك ولا شيء له أو يرد.

وجميع هذا يرجع إلى اختلاف في شهادة بعادة، هل هذه الأمور تؤثر تأثيراً يغير المقصود، ويصير المبيع كأنَّه ليس بالعين المبيعة، فيكون ذلك فوتاً يوجب أخذ قيمة العيب، أو لا يكون ذلك تغييراً مؤثراً فيسقط حكمه، أو مؤثراً تأثيراً له بال لم يغير المقصود فيكون بالخيار.

وقد علم أنَّ المذهب أنَّ تكليف المشتري غرامة قيمة عيب حدث عنده عذر له وإضرار به يوجب له أخذ قيمة العيب. وأمَّا خسارته سمنا أو إنفاقاً على صغير كبر، فإنَّ هذا فيه الإضطراب الذي حكيناه.

وقد ذهب بعض الأشياخ إلى أنَّ ما يؤدي من قبالة السلطان على شراء ما يشترى، أنَّ ذلك عذر للمشتري يوجب له/ أخذ قيمة العيب إذا شاء. وخرَّجه بعض الأشياخ على ما قدمناه من أداء إجارة على تعليم العبد صناعة. وقد قيل في الغاصب إذا نقل ما أدى عليه ثمناً من طعام وشبهه، فإنَّ ذلك يوجب له حقاً في أن لا يؤخذ منه عين الطعام، على ما سنبيِّنه في كتاب الغصب إن شاء الله تعالى.

وهكذا قال بعض الأشياخ إنَّه إذا حمل سلعة ثقيلة اشتراها وأدَّى في الحمل إجارة، أنَّ ذلك يوجب تمكينه من أخذ قيمة العيب إذا شاء ذلك، لئلاَّ يخسر ما أدَّاه من أجرة الحمل.

وبعض أشياخي يخرج فيه اختلافاً على حسب ما ذكرناه. وقد روى **أبو قرة**

عن **مالك** فيمن اشترى سلعة فنقلها وأدَّى في نقلها أجرة، أنَّ له أخذ قيمة العيب من البائع، إذ القيمة[1] بالموضع الذي نقلها إليه.

وعلى هذا الكلام في تغير البدن بنقص. فالمشهور من المذهب أنَّ الشلل والعمى ومصير العبد مقعداً ليس بفوت يوجب أخذ قيمة العيب. بل المشتري بالخيار بين أن يرد ويردَّ ما نقص، أو يمسك ويأخذ قيمة العيب. ورأى **ابن مسلمة** أنَّ هذا فوت يمنع الرد ويوجب أخذ قيمة العيب. وكذلك رأى قطع ذنب البغلة المركوبة أو الفرس المركوب.

وهذا كلّه اختلاف في شهادة بعادة. والمعتبر ما قدَّمناه من ذهاب المقصود/ بالمبيع أو بقائه.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال: إذا اشترى أمة فأزوجها، ثمَّ اطلع على عيب قديم، قد تقدَّم كلامنا على العيب من ناحية نقص النكاح، وأشرنا إلى ماوقع من الإضطراب عليه، وأنَّ بعض المتأخرين أشار إلى إسقاط الغرامة عن المشتري لأجل عيب النكاح، لأنَّه رآه كعيب من ناحية الأخلاق. وقد قدَّمنا عن **ابن حبيب** أنَّه لا يرى ما حدث من عيب من ناحية الخلق، لا من ناحية الخلْق، يوجب على المتشري غرامة.

ويتعلَّق هذا التأويل بما وقع في **المستخرجة** من رواية **ابن القاسم** فيمن أزوج أمة فولدت ثمَّ اطلع على عيب قديم، أنَّ له أن يرد ولا شيء عليه، أو يمسك ولا شيء له. وقلنا نحن: يحتمل أن يكون مراد **ابن القاسم** أنَّ الوالد يجبر عيب النكاح. ألا ترى أنَّه قد وقع **لمالك** في **المدوّنة** أنَّ المشتري بالخيار بين أن يمسك ويأخذ قيمة العيب، أو يرد ويرد ما نقص. ولكن هذا الذي وقع في **المدنية** أنَّ الأمة ولدت. وأجاب عن ذلك على مقتضى الأصل. وحاول بعض الأشياخ تخريج قول على النقيض من هذا، وقال: إنَّما لم يجعل في **المدوّنة** إنكاح الأمة فوتاً يوجب أخذ/ قيمة العيب ويمنع من الرد مع ما نقص بناء على

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب إذا لقيه.

قوله إنَّ العمى والشلل والقطع ليس بفوت يمنع من الرد. وقد ذكرنا عن ابن مسلمة أنَّه يرى ذلك فوتاً يمنع من الرد ويوجب أخذ قيمة العيب. وينبغي أن يكون إنكاح الأمة كذلك لأنَّه يتلف المقصود منها، لا سيَّما إن كانت سريَّة، لأنَّ الغرض من السريَّة وطؤها، وقد امتنع لسبب التزويج. وإن كانت من الوخش فتردّد الزوج إلى دار سيدها يقتضي التمكين من وطئها مما يعظم الضرر فيه، فوجب أن يكون ذلك فوتاً.

فأنت ترى كيف بالغ بعضهم في تحقيره حتَّى لم يجعل له تأثيراً، وبالغ بعضهم في تعظيمه حتَّى جعله فوتاً يمنع من الرد.

فإذاتقرَّر هذا وثبت أنَّ المشهور من المذهب تمكين المشتري من رد الأمَّة وما نقص منها عيب النكاح، فإنَّها إن كانت ولدت من هذا النكاح فردَّها على سيدها بالعيب القديم فإنَّه لا يمكن البائع الذي ردَّت عليه من فسخ هذا النكاح لكونه عقد بوجه جائز. ولكنَّه في **المدونة** اعتبر قيمة الولد، هل في قيمته ما يجبر به عيب النكاح؟ فيرتفع هذا العيب ويكون المشتري بالخيار بين أن يردَّها بالعيب القديم ولا شيء عليه، أو يمسك ولا شيء له، كما لو لم يحدث عنده عيب. وذكر **سحنون** في المدونة أنَّ غيره لا يجبر عيب النكاح بقيمة الولد، كما لا يجبره بالنماء الحادث فيها. وقد اشتهر عن الشيخ **أبي القاسم السيوري** أنَّه كان يذهب إلى أنَّ الولد غلة، كاللبن والصوف. وإذا كان كذلك كان الولد للمشتري. ويعتضد بهذا الذي وقع في **المدوّنة** من قوله إنَّ المشتري يجبر به عيب النكاح. فلولا أنَّه له كما تكون الغلات ما جبر به ما لزمه من عيب النكاح، وأدَّاه في غرامة وجبت للبائع عليه. وهذا الذي يشير إليه مما يصعب الانفصال عنه من ناحية الفقه. لكن من ناحية ما يؤدي إليه من تناقض في الرواية يسهل الانفصال عنه. وذلك أنَّه في هذه الرواية أوجب رد الولد وجبر به عيب النكاح. وعيب النكاح إنَّما يلزم فيه قيمة، ولا يلزم فيه أن يدفع المشتري عرضاً بغير اختياره/ . ولا يلزم البائع أيضاً قبول عرض عن دنانير وجبت له على المشتري إلاَّ باختياره. وها هنا جعل الحكم ردّ عين الولد، وهذا يقتضي أنَّه أنزل الولد

منزلة بعض أعضائها، فلهذا أوجب ردَّه معها. وبعض أعضائها لا يكون غلة، ألا ترى أنَّ ولد المدبرة مدبر والمعتقة معتق والمكاتبة مكاتب وولد الأمة عبد وإن كان أبوه حراً. وهذا يقتضي أن يكون حكمه/ حكم أحد أعضائها. وأيضاً فإنَّه أوجب رد الولد وإن كانت قيمته أضعاف ما لزم المشتري من قيمة عيب النكاح. فلو كان الولد للمشتري كما تكون الغلة له، لم يخرج من يده ما فضل من قيمة عيب النكاح.

وقد اعتذر بعض أشياخي عن هذه الرواية بأنَّه إنَّما راعى نفي الضرر. فإذا رجع إلى البائع مثل ما دفع من غير خسارة عليه، لم يكن له مقال. فإذا لحقته خسارة، كان له مقال. كما قيل فيمن باع عبداً ثمَّ اطَّلع على عيب قديم وقد أخذ في العبد مثل الثمن الذي يرجع به على البائع لو ردَّ عليه بالعيب: أنَّه لا مقال له.

وهذا الإعتذار يلزمه على مقتضاه أن يجبر عيب النكاح بنماء الجارية في بدنها حتَّى يكون هذا النماء يزيد في قيمتها ما يجبر به عيب النكاح، لكون الضرر أيضاً قد ارتفع على حسب ما ارتفع بجبران الولد قيمة عيبها.

والذي يظهر لي من الاعتذار طريقة أخرى، لولا أنَّه وقع أيضاً في الرواية ما يعارضها. وذلك أنَّ الولد إذا أخذه البائع، وهو زيادة على ما كان باعه، فإنَّ هذه الزيادة لولا هذا النقص الذي هو عيب النكاح لم يحصل البائع[1]. فمن البعيد أن يأخذ زيادة ويرضى بها ويقدر أنَّها لم تكن إلاَّ على ملكه ثمَّ يطلب عوض جنايتها وما كان سبباً في وجودها، فإنَّ هذا كالمتناقض. وهذا عذر واضح. ولكن مقتضاه ألاَّ يجبر الولد عيباً آخر حدث بالمشتري ليس هو عيب النكاح. وقد وقع في **الموازية** أنَّه يجبر به عيباً آخر حدث عنده ليس هو عيب النكاح. فإن لم نقل بهذا الذي ذكر ابن **المواز** كان اعتذاراً عمَّا وقع في هذه الرواية اعتذاراً صحيحاً.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: للبائع.

وهذا الذي ذكره من العذر يكون انفصالاً عمَّا احتجَّ به **أشهب** على **ابن القاسم** من مباينته الولد على النماء كجزء من جسمها حساً وحقيقة، فهو كأحد أعضائها، ولم يكن من أمر طلب البائع أن يعطي عوضه. وهذا الذي ناقض به **أشهب ابن القاسم** قد وقع في رواية أيضاً التزامه. وذكر في كتاب الوديعة من المدونة أنَّ **ابن القاسم** روى عن **مالك** أنَّه يجبر عيب النكاح بزيادة قيمتها. وحملوا ذلك على أنَّ المراد زيادة قيمتها من ناحية نماء بدنها. وهكذا رواه **ابن شعبان** في **مختصره** عن **مالك**. ولا يلزم على هذا المذهب أن يجبر عيب النكاح بزيادة سوقها من ناحية انتقال الأسعار لا من ناحية نماء البدن، لأنَّ التقويم إنَّما يكون في العيوب أخذاً لقيمتها أو رداً معتبراً يوم الصفقة، وما كانت تساوي حينئذ يوم العقد، فلا معنى لاعتبار زيادة السوق بعد ذلك في جبران عيب النكاح.

وإذا قلت بمذهب **ابن القاسم** في جبران عيب النكاح بقيمة الولد، فإنَّ صفة هذا الجبر أن يقال: ما قيمة هذه الأمة يوم الصفقة وهي سالمة؟ فيقال: مائة دينار. ثمَّ يقال: ما قيمتها بعيب التدليس؟ فيقال/ : ثمانون. ثمَّ يقال: ما قيمتها بعيب التدليس وعيب النكاح على أنَّ معها ولدها. فإن قيل: ثمانون، فقد علمنا أنَّ النكاح لم يؤثر نقصاً لأجل الولد. وإن قيل: قيمتها سبعون، فقد علمنا أنَّه أثر نقصاً، فيطالب بمقدار هذا النقص الذي كان عن النكاح بنسبته من الثمن على حسب ما يأتي بيانه في تقويم العيوب إن شاء الله تعالى.

ولمَّا ذكرنا عن الشيخ **أبي القاسم السيوري** ما انفرد به عن أهل المذهب من كون الولد غلة عنده. وذكرنا تعلقه بما وقع في هذه المسألة، فلنذكر تعلقه بماوقع في مسألة أخرى. وذلك أنَّه ذكر **ابن الموّاز** عن **مالك** أنَّه إذا باع أمة فأزوجها المشتري فولدت عنده فباع الولد، أنَّ البائع، إذ فلس هذا المشتري، فأراد ارتجاع ما باع[1]، فإنَّه يأخذ الأمة ولا مطالبة له بما أخذ المشتري في ثمن

(1) أي لأنَّه لم يقبض الثمن.

ولدها. قال: لأنَّ الولد غلَّة، بخلاف أن يرد الأمة بعيب وقد باع ولدها، فإنَّه يرد ما أخذ من ثمن ولدها. فأنت تراه كيف نصَّ ها هنا على أنَّ الولد غلة، ولكنَّه لم يطرد هذا في رد الأمَّة بعيب. وكان مقتضى هذا الذي قال أيضاً ألا يرد أيضاً ثمن الولد إذا باعه ورد أمَّه بعيب.

وقد حاول بعض المتأخرين اعتذاراً عن هذا بأنَّ من مُكّن من الرد بالعيب فإنَّه له أخذ جميع الثمن. فإذا كان قادراً على أن يردَّ هذه الأمة ويأخذ جميع الثمن، فإنَّه يحاسب بما أخذ من ثمن الولد، لأنَّ هذا الردَّ والنقص باختياره. وفي التفليس البائع هو المختار لرد هذا البيع وارتجاع الأمَّة، فلا يحاسب المشتري بما أخذ في ولدها.

وهذا الفرق كما تراه لا يروح[1] ما أشرنا إليه من المناقضة الذي يقتضيها الولد بأنَّ الولد غلة.

وأشير أيضاً إلى فرق آخر وهو أنَّ الأصل في التفليس ألاَّ يرد البائع ما عقده على نفسه من البيع. لكن أوجب الخروج عن هذا الأصل ورود الحديث بذلك، وهو قوله ﷺ (**من أدرك ماله بعينه فهو أحق به**)[2] الحديث المشهور. فلعل استحقاق البائع رد المبيع في التفليس بكون ما باعه باقياً بعينه. والولد إذا بيع فليس هو عين ما باعه البائع. ولو قرَّر أنَّه كعضو من أمه. فهذا العضو ليس ما نصاً[3] ولا موجود، فبقي حكمه على مقتضى الأصل، لكون الحديث الناقل عن هذا ليس دليل الخطاب فيه إلاَّ أنَّ للبائع حقا إذا لم يكن ما باع موجوداً، ورد الولد إذا بيعت أمُه أو ردَّ ثمنه، لم يرد حديث يمنع من رد ثمن الولد. فلمَّا وجب عين رد الولد[3]، وجب رد ثمنه.

وأشير أيضاً إلى فرق آخر وهو أنَّ البائع ليس له في التفليس أن يحاص

---

(1) هكذا في النسختين.
(2) الموطأ: حديث 1979: 2: 209.
(3) هكذا في النسختين.

بثمن الأم وثمن الولد إذا اختار الحصاص، لأنَّه ليس له إلاَّ ثمن واحد وهو ثمن الأمة. فلمَّا لم يكن له إذا اختار الحصاص المحاصة بثمنه، فكذلك لا يكون له إذا اختار ترك الحصاص وجعل[1] ما عقد من البيع أن يطالب بثمن الولد.

هذه الفروق التي يمكن أن يقال في هذا. ولكن التحقيق يقتضي إذا قيل: إنَّ الولد غلة، أن يكون الحكم ألاَّ يرد الولد في عيب ولا تدليس، وإن كان قائماً بعينه، فأحرى ألاَّ يردَّ ثمنه. وإن قيل: إنَّه ليس بغلة، بل كعضو منها، أن يكون يرد الولد في الجميع، وإذا وجب رد عينه، وجب رد ثمنه. ويتضح وجوب الثمن في الرد بالعيب وفي التفليس قد يقال فيه ما أشرنا إليه من الفروق، وجميعها لا يكاد يسلم من مناقضة وممانعة فلمَّا كان ما ذكرناه عن كتاب **ابن الموّاز** من أوضح ما/ يتعلَّق به الشيخ **أبو القاسم السيوري** لذكره أنَّ الولد غلَّة، دعا هذا بعض أشياخي إلى أن قال: لم يرد أنَّه غلَّة على الحقيقة في سائر أحكام الغلة، ولكنَّه أراد أنَّ الأمة إذا ردَّها في التفليس بعينها قدَّر كأنَّ الولد لم يكن لمَّا رجعت بعينها على كمالها، كما لو أصابتها موضحة فأخذ أرش الموضحة وردَّها على بائعها ولم تشنها الموضحة، ولا نقصتها، فإنَّه لا يرد ما أخذ من أرش الموضحة لمَّا ردَّ عين المبيع سالمة. ومقتضى هذا الذي قال شيخنا من التعليل ألاَّ يرد الولد، وإن كان باقياً، لكونه إذا ردَّ أمَّه دونه فقد ردَّها على الكمال، فلا يجب رد الولد، وهو قد جعل قولهم: إنَّ الولد يرد، فغير مانع أن يستقرَّ من هذا الذي قالوه في ثمن الولد كون الولد غلَّة.

فإذا تقرَّر هذا، فإنَّ هذا الولد إذا كان قائماً هو وأمه لم ينص على خلاف في المذهب في أنَّه يرد مع أمه، إلاَّ ما أشرنا إلى ما خرَّجه الشيخ **أبو القاسم السيوري**. وقد أشار غيره إلى تخريجه مما رواه **عبد الرحمان ابن دينار** عن **ابن كنانة** فيمن اشترى أمة حاملاً فولدت فأخذ ولدها، أنَّه إذا لم يختر أخذ قيمة العيب واختار ردَّها، أنَّه يرد معها ما نقص من ثمنها لأجل ما كان يرجى من

---

(1) هكذا ولعلها وحصل.

ولادتها. فلم يعتبر كون الولد كعضو منها استحقَّ البائع عليه رده بعينه، فإذا أتلفه، كانت عليه قيمته/ ، بل راعى ما يكون من النقص من ناحية ما يرجو من ولادتها. وأشار أيضاً إلى إجرائه على الخلاف في السمن، وقد تقدَّم ذكرنا الخلاف فيه لمَّا كان السمن غير منفصل من الأمة، والولد كأنَّه غير منفصل منها لمَّا لم تَجز التفرقة بينهما.

وهذا الولد لو مات وبقيت أمه، لكان الحكم تخيير المشتري في رد أمه وما نقصها النكاح، أو التمسك وأخذ قيمة العيب، ويقدر الولد كأنَّه لم يخلق. وهذا أيضاً قد يقال فيه إذا قدَّرتموه كعضو من أعضائها وجزء منها، ولهذا أوجبتم رده بعينه على البائع. فإذا مات وهو في يد المشتري، اقتضى ذلك أيضاً أن يرد قيمته كما يرد قيمة يدها لو شلَّت عنده. قيل: اليد إذا شلت عنده، وجب رد قيمتها إذا اختار الرد لأنَّ لها حصَّة من أصل الثمن. فلو ماتت الأم خاصَّة وبقي الولد وحده، فالظاهر أنَّ المذهب على قولين: مذهب **ابن القاسم** أنَّ الواجب قيمة العيب. ومذهب **أشهب** أنَّ البائع مخيَّر بين أن يعطي قيمة العيب أو يمنع من ذلك، ويخيَّر المشتري بين أن يتمسَّك بالولد ولا يسترد من الثمن شيئاً، أو يرد عليه الولد ويرد البائع جميع الثمن.

فكأن **ابن القاسم** قدَّر أنَّ الولد في حكم التبع وكجزء منها، فإذا ذهب المتبوع وهو الأم، صار التابع وهو الولد في حكم الذاهب أيضاً، ووجوده كلا وجود، ولو ماتا جميعاً، لكان الحكم أخذ قيمة العيب. وكذلك إذا ماتت الأم وقدَّرنا أنَّ الولد الباقي كالميت بحكم كونه تبعاً لأمه.

وكأنَّ **أشهب** قدَّر أنَّه كمبيع ذهب بعض أجزائه عند المشتري وبقيت منه أجزاء، فتكون الأجزاء الباقية إذا رضي البائع بها، يأخذها على أن يغرم المشتري قيمة ما ذهب عنده، كان ذلك من حقه إلا أن يشاء المشتري التمسك بها، ولا يرد عمَّا قلناه من كون المذهب المشهور أنَّ البائع إذا أسقط عن المشتري غرامة ما ذهب عنده، صار المبيع كأنَّه لم يذهب عند المشتري منه

شيء، فإنَّما يكون له أن يقبل بجميع الثمن أو يرد ويأخذ جميع الثمن. وقد كنَّا حكينا عن **عيسى**/ أنَّه لم يمكن البائع من هذا، وأبقى المشتري على خياره في أن يأخذ قيمة العيب. فإن قيل: فإنَّكم ذكرتم عن **أشهب** أنَّه يرى بتمكين البائع من أن يؤدي قيمة العيب، فإن لم يفعل مُكن إذاً من ارتجاع الولد وردَّ جميع الثمن، إلاَّ أن يرضى المشتري بالتمسك.

والحكم في عيب حدث عند المشتري أن يكون هو المبدَّأ/ بالتخيير، ولا يبدأ البائع بأن يعطي قيمة العيب. وفي مسألة الولد بدأ **أشهب** بتخيير البائع. قيل: إنَّ الفوت ربَّما كان في حقِّ البائع والمشتري إذا لم يمكن رد العين، كمن اشترى أمة فاطَّلع على عيب بها بعد موتها، فليس إلاَّ قيمة العيب. وقد يكون الفوت في حقِّ المشتري خاصَّة، كمن اشترى أمة فشلت يدها عنده، فيكون المشتري مخيراً بين أن يقدرها كالفائتة ويأخذ قيمة العيب، أو يقدرها كمن لم تفت فيردها ويرد معها ما نقص العيب الحادث عنده على ما سننبه عليه بعد هذا. فيمكن أن يكون **أشهب** قدَّر هذا كالفوت في حقِّ البائع خاصَّة.

وقد ذهب بعض المتأخرين إلى أنَّ **ابن القاسم** غير مخالف **لأشهب** في هذه المسألة. واعتقد هذا لأجل أنَّه قد أورد في **المدونة** في باب بعد هذه المسألة، فقال: يأخذ المشتري قيمة العيب إلاَّ أن يشاء البائع أن يسترد الولد خاصَّة ويرد جميع الثمن، فيعود التخيير للمشتري في أن يقبل منه هذا، أو يتمسك بالولد ولا مطالبة له بقيمة العيب. فقدَّر هذا أنَّ الجواب الأوَّل وقع مطلقاً ووقع بعد ذلك مقيداً، فيجب رد المطلق إلى المقيد.

وأنكر غيره من المتأخرين هذا الإعتقاد، وقال: قد قال **سحنون** عقيب هذا: هذا مذهب **أشهب**. وهذا ينفي إضافة هذا المذهب **لابن القاسم**.

وأجاب غيره عن هذا بأنَّ المراد بقوله: هذا مذهب **أشهب**. أي إنَّ هذا الذي قاله **ابن القاسم** مثل مذهب **أشهب**. ولو بيعت الأم دون الولد لجرى الأم فيها على هذا الذي ذكرناه من اختلاف **ابن القاسم وأشهب**.

فعلى طريقة **ابن القاسم** الذاهب إلى أنَّ الولد الباقي كالمعدوم، إذا عدمت هي يكون الحكم في هذا كالحكم لو باعاهما جميعاً، الأم والولد، فإنَّه لا مقال له.

وعلى مذهب **أشهب** الذي يراه كجزء ذهب من المبيع، وهي جزء آخر، إن باعها بأقلَّ من الثمن وأراد البائع أن يرد الثمن كله ويسترجع الولد، كان ذلك له إن يشأ المشتري أن يستمسك بالولد ولا مطالبة له بالعيب. وأمَّا إن باع الولد خاصَّة فإنَّ له ردَّ أمه بالعيب، ويقدر أنَّه لمَّا ردَّ أمَّه بالعيب، انتقض العقد الذي كان بينهما، وإذا انتقض في الولد. ولا سبيل إلى نقض عقد المشتري فيه، فوجب أن يطالبه أن يردَّ الثمن الذي أخذ فيه. وقال **أصبغ** بأن يرد من ثمن الولد قيمته، وكأنَّه باعه مع أمِّه مولوداً. وكأنَّه قدَّر أنَّ ردَّ قيمته كرد عينه، وما كان من نماء أو زيادة فله.

ولو قتلت الأم دون الولد، لجرى الأمر فيها أيضاً على هذا الذي بيَّناه من الإختلاف في كون الولد كالعدم، وإن كان باقياً أو يقدر كبعض من المبيع بقي وذهب بعض آخر.

والجواب عن السؤال السادس/ أن يقال: أمَّا إذا فات المبيع المعيب ببيع المشتري له، فإنَّه إن باعه عالماً بعيبه، فلا خفاء بكون ذلك رضى منه بالعيب وإسقاطاً لحقه في القيام به. وأمَّا إن باعه، وهو لم يطلع على العيب، فإنَّ المذهب في هذا على روايات.

أحدها ما روي **عن مالك**، رضي الله عنه، من كون المشتري/ لا مقال له إذا باع. وإلى هذا ذهب **ابن القاسم** واعتلَّ بأنَّ المشتري إن كان علم بالعيب قبل أن يبيع، فقد رضي به، وإن كان لم يعلم، فإنَّه لم يحط من أجله من الثمن. فإذا لم يلحقه ضرر من ناحية العيب في الغبن لأنَّها خرجت من يده، ولا في الثمن لأنَّه لم يبخس، لأجل العيب، منه شيء سقط مقاله. وهذا اختيار **ابن المواز** أيضاً. وبه قال **الشافعي**. واختلف أصحابه في تعليل هذا. فقال بعضهم: إنَّما قال هذا لأجل أنَّ المشتري قد استدرك الظلامة. وهذا إشارة إلى ما ذكرناه

من تعليل **ابن القاسم** من كون المشتري لم يبخس لأجل العيب شيء.

وقال بعضهم: إنَّما العلَّة في ذلك كون المشتري لم ييأس من الرد لجواز أن يرجع المبيع إليه فيرده على بائعه.

وروي عن مالك أنَّ المشتري يعتبر ما حصل في يده من الثمن، فإن كان الذي حصل له مثل الثمن الذي دفع فأكثر، فلا مقال له، لأنَّه لم يبع وقضينا له بالرد، لم يكن له سوى الرجوع بالثمن. **والذي يقضى له بالرجوع به قد حصل** في يديه. فكأنَّه ردَّ بالعيب وارتجع الثمن.

وإن كان الثمن الذي باع به أقل مما اشتراه هو به، كان البائع مخيراً بين أن يكمل له الثمن. فإذا أكمله له، سقط مقاله لأجل ما قدَّمناه. وإن لم يكمله له أعطاه قيمة العيب من الثمن الذي قبض منه، لأنَّه يقول قد فاتت العين المبيعة المعيبة ولا قدرة لك على ردها، فلا يكون لك إلاَّ قيمة العيب، كما لو ماتت في يدك. وهذا أيضاً فيه إشارة ممَّا كنَّا قدَّمناه من كون الفوت يقدَّر في حق البائع خاصَّة. فإن شاء البائع ها هنا أن يجعل ما باعه المشتري كالفائت أعطى قيمة العيب. وإن شاء أن يجعله كالقائم، أكمل له بقيَّة الثمن. هذا مذهب **أشهب**، وهو اختيار **ابن حبيب**.

وقال **مالك في مختصر ابن عبد الحكم**: يقضي للمشتري بقيمة العيب. وقدَّر أن ذلك كالفوت في حقَّهما جميعاً كالحكم في الموت. وهو اختيار **محمد ابن عبد الحكم** وأضاف **ذلك إلى موطإ مالك**، فقال: قد قال **مالك** في موطئه: إذا فات المبيع بشيء من وجوه الفوت. وهذا المذهب هو اختيار **أبي محمَّد عبد الوهاب**. فقد ينفصل عن تعليل **ابن القاسم** بأنَّ/ المشتري الأوَّل يمكن أن يكون غير البائع، أو حال السوق بزيادة، فرأى المشتري العيب فحطَّ لأجله من الثمن ولم يعلم المشتري الأول أنَّ الذي اشترى منه حطَّ من الثمن شيئاً لأجل عيب رآه، ولو كان المبيع سالماً لبذل له المشتري أكثر ممَّا عقده عليه من الثمن. فالضرر لم ينتف عن المشتري. وبهذا أيضاً يتعقَّب مذهب **أشهب** من اعتباره

حصول الثمن موفراً في يد المشتري الأوَّل، لأنَّه يقول: إنَّ ما حصل في يدي مثل ما دفعت للبائع لأجل معرفتي بالتجارة وبالأسواق وبزيادتها وجهل الذي باع مني بذلك. فلا يحسب له هذه الزيادة، وسببها لم يكن منه، بل إنَّما كان منِّي. فهدا يقتضي كون البيع فوتاً يوجب قيمة العيب. وإذا وضح مأخذ مذهب **ابن القاسم** وهو كون المشتري الذي باع هذا المبيع لم يلحقه ضرر من جهة العيب، فيقال على هذا التعليل: إنَّه متى لحقه الضرر، كان له القيام بالعيب، مثل أن يفوت المبيع عند المشتري الثاني فيرجع على المشتري/ الأوَّل بقيمة العيب، فيصير المشتري الأوَّل قد لحقه الضرر من ناحية العيب، فيكون له أن يطالب البائع بما غرم له، لأنَّه إذا طالبه بما غرم، ارتفع الضرر عنه. إلاَّ أن يكون قيمة العيب من الثمن الذي اشترى به الأوَّل أقل مقداراً من هذا الذي أخذه المشتري الثاني من المشتري الأوَّل، فيكون من حق البائع أن يغرم له هذا، ولا يلزم أن يعطيه ما غرم هو، لأنَّه قد يكون حال السوق بزيادة أو غبن المشتري منه. فكانت قيمة العيب من الثمن الثاني أكثر من قيمة العيب من الثمن الأوَّل. قال **ابن المواّز** إلاَّ أن يكون إكمال الثمن أقل من هذين فلا يلزم البائع إلاَّ إكمال الثمن، لأنَّه إذا أكمله سقط مقال المشتري لارتفاع الضرر عنه لأجل العيب. وإن الثمن لو عاد إليه كما دفعه، لم يبخسه العيب شيئاً. فلهذا قلنا: إنَّ البائع عليه الأقل من ثلاثة أشياء. إمَّا ما غرمه المشتري منه، أو قيمة العيب من الثمن الذي قبض، أو ما بقي على المشتري من خسارة من الذي دفع البائع.

وقد أشار بعض أشياخي إلى أنَّ هذا التخيير بين هذه الوجوه الثلاثة هو مذهب **ابن القاسم**. وأشار غيره إلى أنَّ ذلك إنَّما يستقيم على مذهب **أشهب** الذي قدَّمناه عنه. واحتجَّ هذا المتأوِّل بما وقع في **العتبيّة لابن القاسم** فيمن اشترى عبداً به عيب فباعه ثمَّ علم بالعيب وقد حدث عند المشتري عيب اختار أن يغرم البائع منه وهو المشتري الأوَّل قية العيب، أنَّ هذا المشتري الأوَّل إذا غرم/ للمشتري الآخر قيمة العيب رجع هذا الأوسط على الأوَّل بقيمة العيب. فلم يلتفت إلى ما كان بين الأوسط والآخر. وهو أيضاً لا يعتبر تغير الأسواق في

مثل هذا إذا قام المشتري بالعيب بعد أن باع وهو لم يعلم به. ألا تراه يقول، فيمن اشترى عبداً به عيب لم يعلم به فقتل العبد في يديه فأخذ من القاتل قيمة العبد، فإنَّه يرجع بقيمة العيب على من باع. ولم يلتفت إلى القيمة المأخوذة في القتل، هل مثل الثمن فأكثر، فلا يكون له مطالبة بقيمة العيب لحصول الثمن الذي دفعه في يديه موفراً. خلافاً **لأشهب** الذاهب في هذا إلى أنَّ القيمة المأخوذة عن القتل إذا كانت مثل الثمن فأكثر، فلا رجوع للمشتري بقيمة العيب، طرداً لأصله الذي قدَّمناه عنه.

وبعض أشياخي الذي حمل ما ذكره **ابن الموّاز** من التخيير بين الثلاثة أوجه يعد ما قاله **ابن القاسم** في مسألة القتل كالمناقض لما ذكره **ابن المواز** من التخيير في الأوجه الثلاثة. وقد يؤكد في نفسه ما تأوّله على **ابن المواز** من أنَّه ساق ما ذكره من التخيير عن **ابن القاسم** كونه يذهب فيمن باع ولم يعلم بالعيب إلى مذهب **ابن القاسم** في أنَّ المشتري لا مقال له لما قدَّمناه من التعليل. وقد نقل ها هنا أنَّ **ابن القاسم** إنَّما يذهب إلى سقوط مقال المشتري إذا لم ينله ضرر من جهة هذا العيب. فإذا ناله الضرر بأن خوصم فيه وحوكم وأغرمه المشتري منه قيمة هذا العيب، فقد انتقض في هذا الجزء المبيع لمَّا أخذت قيمته فيما بين المشتري الأوَّل والثاني. فكذلك انتقض البيع في هذا الجزء وفيما بين المشتري الأوَّل والبائع الأول الذي[1] منه، فيرجع بالقيمة على حسب ما ذكره في **العتبيّة** كما قدَّمناه عنه. أو يعود الأمر إلى التخيير لأجل ما ذكرناه من التعليل لكل وجه من الأوجه الثلاثة المخيَّر فيها.

وذكرت عن بعض أشياخي أنَّه ناقض **ابن القاسم** في مسألة القتل بما ذكره **ابن المواز** من التخيير بين الأوجه الثلاثة. وأنَّ مقتضى التخيير فيها أنَّ المشتري إذا حصل في يديه مثل الثمن فأكثر، فلا مقال له.

وكنت قدَّمت عن الشافعيَّة اختلافاً في تعليل ما ذهبوا إليه من كون

---

(1) هكذا في النسختين: وفي الكلام سقط.

المشتري إذا باع فلم يعلم بالعيب، فإنَّه لا مقال له، أنَّ منهم من قال: العلَّة في ذلك كون المشتري استدرك الظلامة. وأشار بهذا إلى ما بسطه **ابن القاسم** من التعليل من كون المشتري لم يبخس لأجل العيب. ومنهم من علَّل بأنَّه لم يويس من رد المبيع المعيب، فإذا أمكن رده على/ المشتري الذي باعه، لم يمكن الآن من القيام بالعيب. بخلاف عتق المشتري للعبد المعيب لأنَّ العتق يقتضي الإياس من الرد. فقد يقال أيضاً على هذا التعليل: إنَّ القتل يقتضي الإياس من الرد بخلاف الطلب بقيمة العيب والعبد قائم لم يفت. وعلى هذا الأسلوب من التعليل يجري الأمر في هذا المشتري إذا باع وهو عالم بالعيب معتقداً أنَّه حدث عنده، ثمَّ علم أنَّه كان عند البائع، فإنَّ له مطالبة الذي باع منه بقيمة العيب من الثمن الذي دفعه أو إكمال الثمن. وسقط الوجه الثالث لكونه لم يغرم لمن يشتري منه شيئاً إذا باع وبين العيب.

وكذلك إن وكَّل وكيلاً على البيع فباع الوكيل وبيَّن العيب معتقداً أنَّ الذي وكَّله حدث العيب عنده، فإنَّ التخيير الذي ذكرنا ها هنا مأخوذ ممَّا تقدَّم بيانه.

ولو توجَّه للمشتري الآخر على المشتري الطلب بقيمة العيب لفوت المبيع في يديه فألفاه مفلساً فأراد أن يرجع بما وجب له على البائع الأوَّل إذا كان هو الأقل[1] من الثلاثة الأوجه التي يجب للمشتري الأوَّل على من باع منه، فقيل يمكن من ذلك. كما يمكن من ذلك لو استحقَّ المبيع من يديه لكون البائع الأوَّل غريماً لغريمه، فما وجب له على غريمه كان له أخذه، إذا فقد غريمه، من غريم غريمه. وقيل لا يمكن من ذلك. لأنَّ هذا الوجوب لم يتيقَّن لإمكان أن يكون المشتري الأوَّل راضياً بالعيب. وهذا يبسط في موضعه إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال: إذا اشترى معيباً باعه قبل أن يعلم بالعيب ثمَّ عاد إليه، فإنَّ هذا ممَّا اختلف الناس فيه.

فذكر **الطحاوي** أنَّ **أبا حنيفة** لم يمكنه من رد هذا المعيب على من باعه،

---

(1) كذا في النسختين.

ولو ردَّه عليه المشتري منه بعيب.

وذكر عن أبي **يوسف** أنَّه يمكن من رده على الذي باعه منه إذا ردَّ عليه بعيب.

واختار **الطحاوي** ألاَّ يمكن من الرد إلاَّ أن يرجع إليه باختياره من غير أمر وجب عليه، فإنَّه يمكن من الرد.

والمذهب عندنا تمكينه من الرد على أي حال، عاد ذلك إليه بعيب ردَّ به عليه أو بميراث أو هبة.

وتردَّد بعض المتأخرين من الأشياخ في النظر في هذا لأجل أنَّ **ابن القاسم** إنَّما علَّل منع من اشترى معيباً، ثمَّ باعه قبل أن يعلم بالعيب، من القيام بالعيب، لكونه لم يلحقه ضرر من أجل هذا العيب، ولا بخس في الثمن لأجله شيئاً على حسب ما قدَّمنا بيانه. ومقتضى هذا ألاَّ يمكن من الردِّ إذا اشتراه لأنَّ هذا ملك مستأنف والبيع الأوَّل باق على حاله لم يلحقه فيه ضرر لأجل العيب.

فأشار إلى التردد ما/ بين المذهب وما حكيناه عن **أبي حنيفة**.

فإذا تقرَّر أنَّ المذهب تمكينه من الردِّ إذا اشتراه، فإنَّ **ابن حبيب** ذكر أنَّه لا يمكن من الرد إذا اشتراه بشرط/ إن لم يكن خاصم فيه قبل أن يشتريه، فحكم القاضي عليه بمذهب **ابن القاسم** وأنَّه لا مقال له لانتفاء الضرر عنه كما بيَّناه. فأمَّا إن خاصم فقضي عليه بأن لا مقال له، فإنَّه إن اشتراه، لن يمكن من الرد لكون القضيَّة نفذت بسقوط حقه في هذا.

وأنكر الشيخ **أبو محمد ابن أبي زيد** هذا فقال: هذا بعيد من أصولهم. فإن قيل: لم قال الشيخ **أبو محمد ابن أبي زيد** هذا بعيد من أصولهم، وقد ذكر في **المدوّنة** في نكاح فسد لكونه انعقد بغير ولي فرفع إلى قاض يرى جوازه فأقرَّه، أنَّ هذا الحكم لا يفسخه غيره. وقدَّر أنَّ الترك ها هنا والإقدار على الفعل كاستئناف فعل؟ قيل: القاضي إذا حكم بإجازة هذا النكاح، فإنَّه قضى بذلك قضيَّة مؤبَّدة غير معلَّقة بشرط ولا علَّة. والقاضي إذا قضى بمنع هذا من المطالبة

بالعيب، فإنَّما ذلك لكون رد المبيع المعيب لا يمكنه، فإذا أمكنه ذلك، سقط الحكم لكونه معلقاً بشرط وعلَّة، فإذا زال ذلك، زال الحكم. وقد قال في **المدونة**: لا يمكن من خصام من باع منه، فإن اشتراه فله الرد. وقد يقتضي هذا أنَّ له الرد، وإن اشتراه عالماً بالعيب مع كونه لمَّا اشتراه عالماً بالعيب مسقطاً لحقه في القيام به على هذا الذي اشتراه غير عالم بالعيب.

ولو كان هذا المبيع المعيب باعه من اشتراه فتداولته الأملاك فاشتراه مشتريه الأوَّل من مشتريه الآخر، فقد ذكر في **المدوَّنة** أنَّ لهذا الذي اشتراه أولا ممن اشتراه آخراً، أن يرد، على من اشتراه منه آخراً. ووقع في بعض روايات **المدوَّنة**: له أن يرد عليه. وظاهر هذا الضمير عند بعض المتأخرين أنَّه يعود على من اشتراه منه أولاً.

وقد تعقب هو وغيره من الأشياخ رده على الأوَّل بأن ردَّه على الآخر يتضح ما قرَّرناه. وردَّه على الأوَّل إنَّما يتضح لو وقع التراد من واحد على آخر حتَّى ينتهي الأمر إلى هذا المشتري الأوَّل. فإذا انتهى إليه لحقه الضرر، فكان من حقِّه الرد. فإذا لم يقع التراد وعلم أنَّ في هؤلاء الجماعة المشترين من مراده ترك الرد إذا كان من حسن النظر له عند نفسه ألاَّ يرد لخسارة تلحقه في ذلك، ومنهم من يختار الرد لكون الرد أنفع. وهذا الإمكان لو خرج إلى الوجود وخرج أحدهم بأنَّه قد التزم هذا المبيع المعيب بعينه وقطع التراجع حتَّى لا يصل الرد إلى المشتري الأوَّل، لسقط حق المقال في هذا العيب لكون المبيع/ لم يرجع إليه على حسب ما قدَّمناه من مذهب **ابن القاسم**. وهذا يقتضي ألاَّ يمكن من الرد على الأوَّل.

وقد رأى بعض أشياخي أنَّ هذا قد يجيء على القولين في مسألة كتاب البيوع الفاسدة. وهي إذا اشترى سلعة شراء فاسداً ثمَّ باعها بيعاً صحيحاً ثمَّ اشتراها، أنَّ في ذلك قولين، أحدهما: قد ارتفع حكم الفوت لمَّا عادت السلعة إلى يديه ولم يحل سوقها، فيقدر كأنَّها لم تخرج من يديه. والقول الآخر: إنَّ

ذلك يمنع من الرد لاختلاف الأملاك واختلاف العهد. فكذلك ينبغي عنده أن يخرج الخلاف ها هنا.

وهذا التخريج عندي فيه نظر. وذلك أنَّ الفسخ في البيع الفاسد حق لله سبحانه لا يسقط تراضي[1] المتبايعين على إسقاطه. والرد بالعيب يجوز الرضى به، ويسقط الحق إذا رضي مشتريه به. وقد ذكرنا إمكان رضى أحد هؤلاء الجماعة به، وإذا رضي به/ سقط مقال من كان قبله، فيسقط مقال المشتري الأوّل لأجل هذا على حسب ما ذكرنا أنَّ بعض المتأخرين نبَّه عليه، مع كون هذه المسألة متصورة في التراجع ما بين ثلاثة أشخاص في البيع الفاسد.

ونحن نذكر حكم التراجع بينهم في العيب، وهو أنَّ يشتري رجل سلعة معيبة ثمَّ يبيعها قبل علمه بالعيب ويبيعها أيضاً من اشتراها منه من رجل آخر، فإنَّ هذا المشتري الآخر له أن يرد على الأوسط. فإذا ردَّ عليه كان الأوسط[2] أن يرد على الأوّل إذا لم يعلم بالعيب قبل أن يبيعها، لأنَّه إذا علم به ودلس به على المشتري الآخر، صار رضى منه بالعيب، وإذا لم يعلم، لم يكن راضياً بالعيب، فكان له الرد على من باع منه وهو الآخر، وله الرد على الأوّل لرجوع السلعة إليه، على حسب ما قدَّمناه وذكرنا اختلاف الناس فيه، لكون المبيع لمَّا انتقض البيع فيه بينه وبين الآخر، صار كأنَّه لم يبع، وهو إذا لم يبع فظهر له عيب قام به. وإذا تداولت السلعة أملاك كثيرة، أمكن أن يكون أحدهم لا يختار نقض البيع على حسب ما نبَّهنا عليه ممَّا تعقَّبه قوم من الأشياخ على المذهب. ولو أنَّ هذا الأوسط اشتراه من الآخر بأكثر من الثمن الذي باعه، فإنَّه إذا اختار ردَّه على الأوّل لم يكن له مطالبة الآخر بشيء، لأنَّه لمَّا كان قادراً على الرد عليه واسترجاع ما زاد عنده من الثمن فعدل عن ذلك إلى الرجوع إلى الأوَّل، فكأنَّه رضي بإمضاء البيع من الآخر.

---

(1) هكذا في النسختين ولعلَّ الصواب: بتراضي.
(2) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: للأوسط.

ولو تصوَّرت مسألة في رجلين بأن كانت عند رجل سلعة فباعها من رجل ثمَّ اشتراها منه فظهر فيها عيب قديم لم يعلما به، فإنَّ هذا المشتري/ الذي كان هو البائع الأوَّل من حقه أن يردها على هذا الذي اشتراها منه، لكن إذا كان الثمنان في البيعتين متساويين،[1] فلا فائدة في هذا التراد، لأنَّه إذا باعها الأوَّل بعشرة ثمَّ اشتراها من مشتريها منه بعشرة فردَّها بالعيب على هذا المشتري الآخر وطالبه بعشرة، كان من حق هذا أيضاً أن يردها عليه ويطالبه بعشرة، فيتقاصان وتبقى السلعة في يد من هي في يديه الآن وهو البائع الأوَّل. ولو كان اشتراها البائع الأوَّل بأقل من الثمن الذي باعها به، لكان من حق هذا البائع الثاني أن يطالبه ببقيَّة الثمن الذي دفع إليه، لأنَّ من حقه لمَّا ظهر العيب أن يرد عليه وقد صارت السلعة قد ردَّت إليه بالشراء، أو كأنَّها ردَّت إليه بالعيب[2] وإذا ردَّت إليه بالعيب، طولب بالثمن.

وقد حاول بعض أشياخي أن يخرج في هذا اختلافاً من اختلاف **عبد الملك** و**ابن القاسم** في امرأة خالعت زوجها بمال دفعته إليه، فبعد الخلع ظهر لها أنَّ بالزوج عيباً يوجب لها الخروج من عصمته وردَّ نكاحه بهذا العيب. فقال **ابن الماجشون** لها أن ترجع عليه بما دفعته إليه. وقال **ابن القاسم** لا رجوع لها عليه. وسبب هذا الاختلاف أنَّ **ابن الماجشون** يرى أنَّها لمَّا أرادت التخلص منه، ولم تقدر عليه إلاَّ ببذل عوض في ظاهر الأمر، وكانت في باطنه قادرة عليه من غير دفع عوض، كان لها ارتجاع ما دفعت من العوض، لأنَّها لو علمت بالحكم وأنَّها قادرة على التخلص، لم تبذل له عوضاً على ذلك. ورأى **ابن القاسم** أنَّها لمَّا/ دفعت ذلك باختيارها، مع إمكان رضاها بالعيب، لم يكن لها ارتجاع ما دفعت. فكذلك ها هنا لا يختار أن يكون هذا البائع الآخر لمَّا رضي أن يعيدها على بائعها بخسارة، وهو قادر على ألاَّ يخسر ويرد عليه بالعيب ويأخذ

---

(1) في النسختين: متساويان.

(2) هكذا، ويبدو أن النص قد حرف ولعلَّ الصواب، وقد صارت السلعة وقد .... كأنَّها ردت .....

جميع ما دفع إليه من غير خسارة، فإنَّه لا يمكن من طلب هذه الخسارة، كما لا تمكن المختلعة من طلب ما خسرت بسبب الخلع. ويقدَّر على هذا المذهب أنَّ رجوعها بحكم الشراء ملك ثان محقق يستأنف من غير خلاف، وردَّها بالعيب إعادة لها على الملك الأول على أحد الطريقتين عندنا في كون الرد بالعيب نقضاً من أصله. وقد كنَّا أشرنا إلى ما قاله المخالف في أن اشتراءها لا يوجب تمكينه من الرد بالعيب، وما أشار إليه قوم من الأشياخ في تصحيح هذا المذهب وترددهم فيه.

لكن قد يقال عندي في الاعتذار عن **ابن القاسم**: إنَّ طريقة الأعواض في الخلع بخلاف طريقة الأعواض في البيع، ألا ترى أنَّها لو خالعت بخمر أو خنزير فأبطلنا ذلك ونقضناه أو بغير ذلك ممَّا يتملَّك ويجب نقضه، فإنَّا إذا نقضنا هذه المعاوضة لم ترد إلى الزوج، مع علمنا/ بأنَّه إنَّما ترك سبيلها وباع منها منافع بضعها بما بذلته له، ثمَّ مع هذا حكم عليه برد ما أخذه عوضاً عن ذلك، ولم يمكَّن هو من ارتجاع ما دفعه عوضاً عن ذلك لحرمة الفرج، ولكون الطلاق إذا وقع وبانت الزوجة، لم يحل التراضي على التراجع واستباحة الوطء من غير شروطه الشرعيَّة. ولو تصوَّر مثل هذا في البيع المحض بأن باع إنسان عبده بخمر أو خنزير أو بجنين في بطن أمِّه فنقضنا البيع، ورددنا ما في يديه، لكان من حقِّه أن يرتجع عبده الذي عاوض به عن هذا. وكأنَّ هذه الحقوق ماليَّة إبطال أحد العوضين إبطال للآخر.[1] والخلع ليس من الحقوق الماليَّة المحضة، ولهذا أجيز وأمضي عقده بغرر وما[2] لا يجوز في عقود البياعات. فهذا يمكن أن يكون انفصالاً عمَّا ألزمه بعض أشياخي.

وهذا الذي صوَّرناه في مسألة العيب من ترادد هذا البيع ما بين هذين الرجلين محمله على أنَّ العيب تحقَّق قدمه. ولو كان مشكوكاً فيه هل هو قديم

---

(1) هكذا في النسختين، وما يقتضيه النص: ولأنَّ هذه الحقوق مالية فإبطال . . .

(2) هكذا في النسختين ولعلَّ الصواب: بما.

كان عند البائع الأوَّل أو حدث عند المشتري، لجرت فروع هذا على ما سنؤصله في حكم العيب المشكوك فيه.

وهو أنَّ العيب ربَّما أوجب ردَّ المبيع بعينه أو طلب بعض الثمن، وكلا الأمرين لا يثبت إلاَّ بيقين، وأمَّا مع الشك، فلا تجب غرامة ولا ينتقض عقد بيع. فمن طلب غرامة أو طلب نقض بيع، فهو المدعي وعليه البيِّنة، والآخر مدَّعى عليه فالقول قوله مع يمينه. ولهذا قال **ابن الموّاز** في هذه المسألة: إذا كان العيب مشكوكاً فيه، واشترى السلعة البائع الأوَّل بأقلَّ، فالقول قوله في أنَّ العيب لم يكن عنده، لأنَّ المشتري منه يقول له: العيب كان عندك، فمن حقي أن أردَّ السلعة عليك، وها هي في يديك، فادفع إليَّ بقيَّة الثمن.

ولو اشتراها على هذا الذي ذكره **ابن الموّاز** بأكثر ممَّا باعها به، لكان هو الطالب لردها على البائع الآخر ليستردَّ منه ما زاده على الثمن بعد أن دفعه راضياً به، ونحن على شك هل العيب كان عنده أو عند هذا المطلوب؟ فالقول قول المطلوب أيضاً لأنَّه تلزمه[1] غرامة بالشك.

وهذا إذا كان الطلب في تقديم أحدهما للآخر.

وأمَّا/ إن تصوَّر الطلب منهما جميعاً، هذا في غرامة مال واسترجاعه، وهذا في حل عقد، فإنَّهما يحلفان جميعاً لما قدَّمناه من أنَّ الغرامة لا تكون بالشك، ولا ينحل أيضاً العقد بالشك.

ولو صوَّرنا الشك في هذا العيب في ثلاثة أحوال، وهي إمكان كونه عند/ البائع الأوَّل قبل أن يبيعه، أو عنده بعد أن اشتراه، أو حدث عند المشتري منه، وكان الاشتراء بأقل من الثمن، تحالفا جميعاً على حسب ما صوَّرناه.

وكذلك لو كان بأكثر، فإنَّه يجري على ما قدَّمناه من كون المخاصمة في طلب غرامة أو حل عقد أو فيهما جميعاً.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: لا تلزمه.

والجواب عن السؤال الثامن أن يقال: إذا اشترى عبداً آبقاً دلس البائع بإباقه فباعه المشتري، وهو لا يعلم بإباقه، فأبق عند الثالث فهلك بسبب إباقه، فها هنا حكم التبعيض المختلف بأنَّ البيعة الأولى التي دلس فيها بالإباق يجب على بائعها رد الثمن الذي قبض، والبيعة الثانية لم يدلس بائعها، فتجب قيمة العيب بهلاك المبيع. فها هنا اختلف المذهب في هذا، لمَّا اجتمع هذان الأمران المختلف حكمهما. فالأصل أن يرجع الثالث على الثاني بقيمة العيب، لأنَّ الأوسط الذي باع من الثالث لم يدلِّس فإنَّما عليه قيمة العيب. والأوَّل حكمه مع الثاني إذا وجب له القيام عليه أن يأخذ منه جميع الثمن.

هذا حكم كل واحد مع صاحبه على الإنفراد. فإذا اجتمع الثلاثة أشخاص، فقال **ابن القاسم** يؤخذ جميع الثمن من الأوَّل فيدفع إلى الثالث، إلاَّ أن يزيد هذا الثمن المقبوض من الأوَّل على ما دفعه الثاني من الثمن وعقد به، فإنَّ هذه الزيادة تكون للأوسط، لكون الآخر قد رجع إليه جميع الثمن الذي دفع، فالزيادة عليه لا حقَّ له فيها. أو يكون الثمن الذي يأخذ الأوَّل نقص عن قيمة العيب من الثمن الذي دفعه الثالث، فإنَّ من حق الثالث أن يرجع بتمام قيمة العيب على الأوسط الذي باع منه. كما كان ذلك من حقه لو انفرد. فكأنَّ **ابن القاسم** قدَّر في هذا أنَّ الثالث، وإن لم يدلس عليه من باشره بالبيع، فإنَّ المدلس على من باع منه يقدَّر مدلساً عليه. وحكم من دلس عليه ها هنا أن يرجع بجميع الثمن. ويؤكد عنده كون الأول كالمدلس على الثالث، أنَّ الثالث يقول له: لو أعلمت الأوسط الذي باع مني بالإباق لأعلمني به، فلم أشتر هذا العبد منه، وإن لم يعلمني به، كان به مدلساً علي، فأنت سبب في إتلاف الثمن علي. ومتلف الشيء بسبب يقتضيه بلا بدٍ كمتلفه بمباشرة، فلهذا قضي على البائع الأوَّل برد الثمن كلِّه وإعطاء الثالث ما لم يكن أكثر مما دفع الثالث أو أقلَّ من قيمة عيبه من ثمنه.

وذكر أصبغ أنَّ الثمن إذا أخذ من الأوَّل، دفع منه إلى الثالث قيمة العيب الذي يستحقه على الثاني لو انفرد به، وسلَّم بقيته إلى الأوسط. فإما أخذ جميعه

من/ الأوَّل، كما قدَّمناه من التعليل، وإما اقتصاره، في هذه الرواية على ألاَّ يعطى منه الثالث إلاَّ قيمة العيب خاصَّة. فلأجل أنَّ الثالث لم يدلس عليه من باع منه، ولا يقدَّر أنَّ الأول كالمدلس عليه، لأنَّه وإنْ كان كالسبب في هذا، فإنَّ السبب إذا ضعف لا يؤثر، وإذا قوي أثَّر. وهو فيما بين الأوَّل والثاني. فلهذا وجب رد الأوَّل على الثاني ما قبض منه وهو ضعيف فيما بين الأوَّل والثالث، فلهذا لم يجب أن يرد على الثالث جميع ما دفع.

واختار **ابن الموّاز** مذهباً ثالثاً/ وهو كون الأوَّل لم يضر الثاني بتدليس، فصار تدليسه لا تأثير له، على حسب ما علَّلناه في مذهب **ابن القاسم** فيمن باع عبداً معيباً فباعه مشتريه قبل أن يعلم بالعيب ثمَّ علم به، فإنَّه لا رجوع له على من باع منه، لكون هذا العيب لم يلحق المشتري منه ضرر لمَّا باع، على حسب ما قدَّمنا بيانه، فكذلك هاهنا لَمَّا باع الأوسط ولم يبخس لأجل العيب شيء فيسقط حكم التدليس فيما بينه وبين البائع. وهذا الأوسط لمَّا باع هو غير مدلس أيضاً. فالتدليس لا يتصوَّر ها هنا. لكن كنَّا قدَّمنا في المسألة التي مثلنا بها ها هنا فيمن باع عبداً اشتراه معيباً أنَّه لا مقال له عند **ابن القاسم** ألاَّ[1] يفوت العبد في يد مشتريه الثاني، فإنَّ المشتري الأوَّل إذا رجع عليه المشتري الآخر بقيمة العيب رجع هو أيضاً على من باع منه بما غرم من ذلك للحوق الضرر له بهذه الغرامة، أو بإكمال الثمن الذي دفعه أو قيمة العيب من الثمن الذي دفعه أيضاً، يرجع بالأقل من هذه الثلاثة أوجه على حسب ما قدَّمنا بيانه وتعليله. وكذلك يجب أن يكون للثالث أن يرجع ها هنا على الأوَّل المدلس بما كان يرجع به عليه الثاني إذ طالبه الثالث بالواجب في هذا، وهو الأقل ممَّا يغرمه الأوَّل للثالث ممَّا غرم الثالث، أو إكمال رأس ماله أو قيمة العيب من ثمنه. وكأنَّ ابن المواز قدَّر أنَّ حكم التدليس قد ارتفع لما بيَّناه، فلا يكون للأوسط في العيب مقال، إلاَّ أن يلحقه ضرر منه. فإذا لحقه الضرر أزيح ذلك الضرر بما يدفعه، وهو أحد هذه الوجوه الثلاثة.

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب إلا أن.

ويقدح في المذهبين المتقدمين اللذين تضمَّنا إيجاب غرامة الأوَّل وجميع ما قبض، بأنَّ هذا الأوسط قد أخذ عوضاً عن هذا العبد الذي دلس عليه ودفع إليه جميع ما هو عوض إلاَّ الجزء الذي دلس به، لأنَّ ماله رجوع بقيمة ذلك. وأمَّا أن يجتمع له أخذ عوض ما اشتراه ودلس عليه به بالرجوع بثمنه، فإنَّ هذا خلاف مقتضى الأصول وخارج عمَّا يجب في أحكام التدليس.

والجواب/ عن السؤال التاسع أن يقال: إذا اشترى عبداً به عيب فباع نصفه قبل أن يعلم بعيبه، فإنَّ هذا النصف المبيع يجري حكم العيب فيه على ما قدَّمناه من الإختلاف في بيع ما بيع قبل أن يعلم بعيبه. فمذهب **ابن القاسم** أن لا مقال له فيه. ومذهب **أشهب** أنَّه يرجع بالأقل ممَّا نقص قبضه فيه كما دفعه فيه أو قيمة نصف العيب في هذا النصف، وعلى المذهب الثالث يرجع بقيمة العيب على الإطلاق. وأمَّا النصف الثاني يبدَّأ بالتخيير فيه بين أن يدفع نصف قيمة العيب المختص بهذا النصف الباقي، فيسقط مقال المشتري فيه، أو يقبله من المشتري بعيب الشركة والتبعيض الذي ذكره، فيكون المشتري مخيراً بين أن يقبل هذا النصف بجميع الثمن، أو يرده ويأخذ نصف الثمن.

وكأنَّه يرى أنَّ حكم الفوت إذا أوجب التخيير جعل التخيير في جنبة من لحقه الضرر. فإذا كان المشتري هو الذي يلحقه الضرر بغرامة تلزمه إذا ردَّ لكونه حدث عنده نقص، كان مخيراً بين الرد والإمساك وأخذ قيمة العيب. وإن كان الضرر في الرد يختص بالبائع. كان البائع هو المبدَّأ بالخيار، فله أن يعطي نصف قيمة العيب ويمنع المشتري من الرد لأجل ما يلحقه من الضرر.

ولو قضينا للبائع بهذا فدفع نصف قيمة العيب ثمَّ ردَّ هذا النصف المبيع على المشتري الأوَّل الذي باعه، فإنَّ الأشياخ اختلفوا إذا دّعا[1] أحدهما إلى نقض هذا الحكم ورد نصف قيمة/ العيب، وتخيير المشتري بين أن يقبل بجميع الثمن أو يرد. فمنهم من ذهب إلى أن ذلك حكم مضى ولا يرد. ومنهم من

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب إذا دعا.

ذهب إلى أنَّ هذا حكم إنَّما أمضي لعلة وهو ضرر البائع بالتبعيض، فإذا ارتفعت العلَّة، وجب ارتفاع هذا الحكم الذي تعلَّق بها.

وأشار بعضهم إلى أنَّ هذا نحو ما قدَّمناه من الاختلاف. وما حكيناه عن **ابن حبيب** من كون القاضي إذا منع المشتري لمَّا باع من القيام بالعيب ثمَّ استرجع المبيع، أنَّه لا يرده. وذكرنا عن الشيخ **أبي محمد ابن أبي زيد** قال: هذا بعيد من أصولهم، فكذلك ها هنا. وقد يقال: بل هذه المسألة آكد، لأجل أنَّ الذي ذكرناه ممَّا استبعده الشيخ **أبو محمد** كأنَّه قضيَّة وقعت بإقرار وترك، وهذه وقعت لغرامة وفعل فيجب أن تكون آكد.

ولو أنَّ المشتري لهذا العبد لم يبع نصفه ولكن تصدَّق بالنصف، فإنَّ هذا النصف المتصدق به يجب للمتصدق أخذ قيمة عيب هذا النصف كما لو تصدَّق بجميع العبد. وأمَّا النصف الآخر فإنَّه يحكم فيه بما ذكرناه من تخيير البائع بين أن يعطي قيمة نصف العيب المختص بهذا النصف، أو يمتنع فيخيَّر المشتري بين رده وقبوله لأجل ما قدَّمناه من التعليل هكذا. وروى **عيسى** عن **ابن القاسم** وقال **عيسى** عنه أيضاً: إنَّ للبائع التخيير/ إليه إذا زاد الثمن زيادة بينة، قال: أنا أختار أن نبيع نصف قيمة العيب في النصف المتصدق به. كأنَّه قدَّر أنَّ هذا البائع لمَّا باع، وهو يعلم أنَّ المشتري منه يمكن أن يبيع كلَّ المبيع أو يبيع نصفه بأن التراضي بعيب التبعيض، فلا يقدم في التخيير.

وأما الفوت من ناحية الصدقة، فإنَّه لا يختلف فيه أنَّ من اشترى عبداً ثمَّ تصدَّق به أو وهبه، فإنَّ له قيمة العيب لكونه خرج عن ملكه ولا يمكن رده، مع كونه لم يستدرك الظلامة بأن أخذ عن العيب ولا عن جهة العبد عوضاً.

وقد تنوزع في الهبة لو كانت من المشتري لهذا العبد المعيب على ولد له يمكن اعتصار هذه الهبة منه، فقيل: ليس له أخذ قيمة العيب لما كان قادراً على ارتجاع العبد إلى ملكه من غير اختيار الموهوب، فكأنَّه على هذا التقدير لم يخرج عن يده ولا عن ملكه. والعبد إذا لم يخرج عن يده ولا تغيَّر في نفسه، فإنَّه لا يمكن من أخذ قيمة العيب. إلى هذا ذهب الشيخ **أبو القاسم ابن الكاتب**.

وعلى تعليله لو كان ذلك صدقة لا يمكن اعتصارها لكان لهذا المشتري المتصدق أخذ قيمة العيب، لكونه غير قادر على ارتجاعه إلى ملكه، لكون الصدقة لا تعتصر. وذهب ابن حبيب إلى أنَّه يأخذ قيمة العيب إذا وهب لابنه لكونه الآن قد خرج عن ملك المشتري، وقدرتُه على أن يرتجعه إلى ملكه لا يثبت بها حكم ما رجع إلى ملكه.

وقد اشتهر ما تقتضيه أصول المذهب من الاختلاف فيمن قدر أن يملك، هل يعد كالمالك أم لا؟ وهذا الذي نحن فيه جار على الخلاف في هذا الأصل. فإذا تقرَّر أن الهبة توجب أخذ القيمة للعيب إذا كانت هبة لا تعتصر، فالعتق أيضاً أولى بذلك، وبكونه فوتاً يوجب أخذ قيمة العيب، لكون الملك قد خرج به من يد المشتري خروجاً لا يأخذ عنه عوضاً، ولا استدرك به الظلامة، وهو ميؤوس من رجوعه إلى الملك. فكان أحرى بكونه فوتاً. ولا اعتبار ها هنا لحصول الثواب عن العتق، وتقديره عوضاً جعل له، لأنَّ هذا العوض/ ليس من جنس ما أخذه منه البائع هو المقصود في التعاوض بالأملاك. مع كون الرقبة السالمة من العيب أكثر أجراً في العتق من الرقبة المعيبة. فمقدار العيب لم يحصل عنه عوض لا من ناحية أعواض الدنيا ولا من أعواض الآخرة. وإن كان ربَّما حصل عوض الآخرة من ناحية نيَّة المعتق. فكذلك الكتابة هي أيضاً فوت لأنَّها في معنى العتق، فأجري عليها حكم العتق ها هنا. ولا اعتبار بما يأخذ من المكاتب من عوض، لأنَّ النجوم ليست بدين ثابت مستقر في ذمَّة المكاتب. فالعوض الذي دفع للبائع قد حصل له، والعوض الذي يأخذ هو من المكاتب/ لم يحصل له ولا هو مستقر في الذمَّة. وكون المكاتب يرتجى عجزه وعوده إلى الملك لا يمنع من كون الكتابة فوتاً يوجب الرجوع بقيمة العيب، لأنَّا إنما نعلِّل البيع على مذهب ابن القاسم بأنَّه قد استدرك الظلامة، على ما تقدَّم بيانه، وها هنا لم يستدركها، كما بيَّناه، مع كونه غير قادر على التصرُّف في المكاتب، فصار ذلك العتق في تمكينه من طلب قيمة العيب. لكن هذا المكاتب لو عجز بعدما أخذ مشتريه الذي كاتبه قيمة العيب لأجل كون الكتابة فوتاً، فإنَّ بعض

الأشياخ قال: هذا حكم مضى لا ينقض. ويمكن[1] من أراد نقضه وارتجاع قيمة العيب من ذلك.

وكذلك لو مرض المشتري وبلغ بموجبه السياق حتَّى وجبت قيمة العيب ثمَّ صحَّ العبد، فإنَّ ذلك أيضاً حكم قد مضى. وهذا قد قدَّمنا نحن اختلاف الأشياخ في مسألة لمَّا تكلَّمنا على من باع نصف عبد اشتراه واختار البائع أخذ قيمة العيب ثمَّ رجع النصف الآخر إلى المشتري، فما ذكرناه يجري ها هنا.

والجواب عن السؤال العاشر أن يقال: اختلف الناس فيمن اشترى أمة فوطئها، ثمَّ اطلع على عيب كان عند البائع، ولم يعلم به حتَّى وطىء، فمذهب **مالك** أنَّ ذلك ليس بفوت يوجب أخذ قيمة العيب. هذا المشهور عنه وعن أصحابه. لكن إن كانت الأمة بكراً فافتضها، أنَّه يخيَّر بين أن يأخذ قيمة العيب لأجل ما يلحقه من الغرامة، أو يردَّ الأمَّة ويرد ما نقصها الافتضاض. وقال بعض المتأخرين: إنَّما ينقصها الافتضاض إذا كانت علية، وأمَّا إن كانت من الوخش، فإنَّ الافتضاض لا ينقصها. وهذا الذي قاله إن ثبت له من جهة العادة، فلا بدَّ من تقييد المسألة بما أشار إليه من كون الافتضاض يوجب التخيير في العليات دون الوخش. وأمَّا الافتضاض للوخش فكوطء الثيبات الذي لا يوجب التمكين من أخذ قيمة العيب. ولهذا قال **الشافعي** من كون وطء الثيِّب ليس بفوت ولا يوجب أخذ قيمة العيب. لكن لو كان ذلك في الأبكار فكان ذلك عيباً فيهن لكان الحكم ما قدَّمناه عنه في حكم حدوث عيب عند المشتري وقد اطَّلع على عيب.

وذكر **ابن حبيب** عن **ابن نافع** و**ابن وهب** و**أصبغ** أنَّهم يرون الوطء فوتاً يوجب أخذ قيمة العيب.

ولهذا قال **أبو حنيفة** ويذكر ذلك عن **علي بن أبي طالب**، رضي الله عنه، ذكره **ابن حبيب** وذكره بعض البغداديين من أصحابنا، ومن أصحاب **الشافعي** عن **علي** رضي الله عنه. وبه قال **الليث** و**ابن شهاب**. وذهب **عمر بن الخطَّاب** رضي

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب ولا يُمَكَّن.

الله عنه، إلى أنَّه ليس بفوت، كما ذهبنا إليه في الثياب[1] وفصَّلنا القول فيه في الأبكار، ولكنَّه يوجب، مع تمكين الواطىء من الرد، غرامة/ صداق مثل الأمة. وبه قال **ابن أبي ليلى**.

وذكر **سحنون** رضي الله عنه عن بعض من ذهب إلى أنَّه ليس/ بفوت أنَّه يرد في الثيب نصف عشر قيمتها، وفي البكر عشر قيمتها. هذا جملة الخلاف في هذه المسألة. وأمَّا الذاهبون إلى أنَّ ذلك فوت يمنع من الرد، فإنَّهم قد يذهبون لذلك أخذا بحماية الذريعة لمَّا كانت الفروج لا يحلُّ استباحتها إلاَّ بنكاح أو ملك يمين. وملك اليمين ها هنا قد بطل لأجل الرد بالعيب، وانحلَّ البيع من أصله، فحصل[2] الوطء كأنَّه في غير ملك ولا نكاح ها هنا. فوجب أن يتلافى هذا بإيجاب الصداق حتَّى يقدَّر بأنَّه وطىء بحكم استباحة النكاح.

واستبعد آخرون هذا التعليل لمَّا كان العيب من سبب البائع ولم يكن للمشتري فيه مدخل، والوطء حصل من المشتري بحكم الملك، لو شاء لأبقاه في يده على التأبيد، فلا يلزمه عوض عنه، وإنَّما يقدر سقوط ملكه الآن لمَّا اختار ردَّه، لا سيَّما إذا قلنا: إنَّ الردَّ بالعيب كابتداء بيع. ولا معنى لحماية الذريعة لأجل أنَّ الذريعة إنَّما تجب في أمر دخل المتعاقدان فيه مدخلاً واحداً، فيُتصوَّر إتِّهامُهما على التحيل على ما لا يحل، وعارية الفروج وإباحة الوطء. بغير عوض دخل فيه مالك الأمة وواطئها. وها هنا لم يدخل الواطىء على هذا، فيبعد أن يظنَّ به أنَّه واطأ مالك الأمَّة على أن يزن له الثمن ثمَّ يرد بالعيب عليه ويظهر أنَّه لم يعلم به.

وقد كان بعض أشياخي يعلل في هذا أن الوطء إذا حصل على وجه يمنع من إباحة وطء الأمة لمن يملكها، أو يمنعه من التصرف فيها بحكم الملك التصرف المطلق، أنَّه يوجب على الواطىء إغرام القيمة، على ما سنبيِّنه في

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: الثيبات.

(2) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: فحصول.

وطء أحد الشريكين أمة مشتركة بين الواطىء أو بين رجل آخر.

وقد احتجَّ بعض من ذهب إلى أنَّ الوطء ليس بفوت بأنَّ الأمَة لو كانت ذات زوج فوطئها الزوج، فإنَّ وطأه لا يكون فوتاً. وهذا قد يجاب عنه بأنَّ استحقاق هذا الوطء كان عن عوض، وهذا أمر لم يُستحق بمجرد عقد شراء الأمة، فكان هذا بخلاف وطء مشتريها له الذي لم يُستبح إلاّ بالعقد الذي قد فُسخ ورُدَّ بالعيب.

وقد أشار بعض أصحاب **الشافعي** إلى ضعف هذا الفرق، ورأى أنَّ ما يحدث عند المشتري من نقص بحكمه، وإن اقتضاه العقد. ومثَّل هذا بمن اشترى عبداً سارقاً توجَّه عليه قطع يده في السرقة، ولكنَّه لم يقطع حتَّى اشتراه، فإنَّه إذا قطع عند المشتري، كان ذلك نقصاً مانعاً من ردِّه، وإن قدَّر أنَّ البائع كأنَّه باع العبد واستثنى هذه اليد كما يقدَّر في مشتري أمة ذات زوج أنَّ وطء الزوج كالمستثنى حين العقد.

وهذا الذي قاله في قطع/ هذا العبد السارق قد لا يسلمه أصحابنا، ويرون أنَّ للمشتري ردَّه بالعيب من غير غرامة لأرش اليد، لأنَّ المشتري لم يدفع عنها عوضاً، فيكون له الطلب بقيمة هذا الجزء الذي قطع. وكذلك لا يكون للبائع المطالبة بأرش هذا الجزء الذي قطع عند المشتري، لأنه لم يملكه المشتري ولا عاوضه عليه، ويطالب[1] به المشتري إذا ردَّ.

وقد اختلف الأشياخ المتأخرون من أصحابنا فيمن اشترى عبداً به ورم، لم يعلم به، فزاد الورم عند المشتري، ثمَّ اطلع عليه، هل على المشتري إذا ردَّ بالعيب أن يغرم قيمة ما زاد في هذا الورم أم لا؟

قال الشيخ **أبو بكر بن عبد الرحمان** لا غرامة عليه. لأنَّه إنَّما ردَّ هذا المبيع لأجل العيب الذي نقصه/ بهذا الورم، فإذا كان الورم هو سبب الرد، ولأجله مُكِّنَ المشتري من حل العقد، فلا يطالب بغرامة هذه الزيادة. فإن كان البائع لم

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: فيطالب.

يدلس بهذا الورم لأجل أنَّه لمَّا كان أصل الورم عنده قُدر كان نماءه عند المشتري كان عنده.

وخالفه غيره من الأشياخ في هذا، ورأى أنَّ المشتري مطالب بغرامة هذه الزيادة لما حدث عنده، والبائع لم يدلس بها، لأنَّه إذا دلَّس بها لم يطالب بعهدة هذا الورم، ولا بما كان عنه، كما لا يطالب بموت العبد من عيب دلَّس به، وإذا لم يدلس فإنَّ المشتري ضامن لجميع الأجزاء التي دفع إليه. فما ذهب منها طالب به كما يطالب بالجملة. وزيادة الورم تقدَّر كأجزاء ذهبت من العبد لفساد الجسم بهذا الورم.

فأنت ترى ما قاله الشيخ **أبو بكر بن عبد الرحمان** من أنَّ المشتري لا يغرم هذه الزيادة، وإن لم تشترط عليه ولا علم بها هو ولا البائع منه، فكيف بهذا العبد المشترط أنَّه سارق قد حكم بقطع يده، فقد صار الدخول بهذا الشرط يدفع الطلب بهذا النقص بخلاف الورم الذي لم يعلم به البائع ولا المشتري.

والجواب عن السؤال الحادي عشر أن يقال: اختلف المذهب فيمن اشترى عبداً فرهنه أو أجَّره، ثمَّ اطَّلع على عيب كان عند البائع.

فذهب **ابن القاسم** إلى أنَّ الردَّ بالعيب لمَّا امتنع لأجل حق المرتهن والمتسأجر بهذا العبد بقي حكم الرد للعبد الذي استحقَّه المشتري على الوقف. فمتى رجع إلى يده، ردَّه إلى من باعه منه.

وذهب **أشهب** إلى أنَّه إذا لم يخلصه من الرهن معجلاً ولا من الإجارة، فإنَّه يحكم له بقيمة العيب. واختار **ابن حبيب** مذهب **أشهب** إذا بَعُد أمد تخليصه من الإجارة أو من الرهن. ومذهبَ **ابن القاسم** إذ قرب زمن تخلصه كالشهر ونحوه.

فكأنَّ **ابن القاسم** رأى أنَّ الحكم الرد بهذا العيب. فإذا لم يمكنه ذلك لما تعلَّق به من حق/ بقي الأمر موقوفاً، فإذا أمكنه الرد، حكم له بما تقرَّر من حقِّه في ذلك، لأنَّ المنع من الرد إنَّما كان لعلَّة، فإذا زالت زال حكمها، كما لو باعه

المشتري، فإنَّه عند **ابن القاسم** لا مقال له، فمتى ردَّ عليه، كان له رده على البائع، على حسب ما قدَّمناه فيما سلف، لا سيَّما والعبد المبيع خرج من ملكه ثمَّ عاد إليه، وهذا لم يخرج من ملكه بالإجارة والرهن، ولكنَّه حال بينه وبين الرد مانع، فأشبه اطلاعه على عيب في سلعة اشتراها وقد غابت عن يده، فلم يمكنه الرد الآن.

وكأنَّ أشهب قدَّر أنَّه لمَّا منع من التصرُّف في العبد الآن، صار ذلك كموت العبد في يده، أو خروجه عن يده بصدقة أو هبة أو كالكتابة التي توجب له أخذ قيمة العيب لمَّا منع من التصرُّف في العبد، وإن كان ممكناً رجوعه إلى يده، لعجز العبد عن أداء الكتابة. وترجَّح **ابن حبيب** في هذا ورأى أنَّ أمد التخلص لهذا العبد إذا طال صار ما عقد فيه كعقد الهبة والصدقة، وإذا قصر صار كأنَّه يمكن رده الآن.

وقد أشار بعض الأشياخ إلى أنَّ تكليف مشتري العبد النظر في[1] فكأنَّه قبل حلول أجل الدين يوجب له أخذ قيمة العيب، لأجل ما يتوجَّب عليه من غرامة دين لم يحلَّ عليه، فصار ذلك عذراً له في تمكينه من طلب قيمة العيب، كما يمكن من ذلك إذا حدث عنده نقص لا يمكن به الرد إلاَّ مع غرامة قيمة النقص.

والجواب عن السؤال الثاني عشر أن يقال: أمَّا التبعيض للعقد من ناحية/ تعدّد من باع واشترى، فإنَّه:

إنَّ تعدَّد من ناحية من باع، مثل أن يبيع رجلان عبداً لرجل واحد هو شركة بينهما، فإنَّ المشتري إذا اطَّلع على عيب فأراد أن يردَّ على أحدهما النصف الذي باعه منه ويمسك نصيب الآخر، فإنَّ ذلك له، وتقدَّر الصفقة الواحدة ها هنا كصفقتين.

وأمَّا إن كان التعدد من ناحية المشتري، مثل أن يشتري رجلان عبداً من

(1) هكذا في النسختين، والكلام غير واضح، والظاهر أنَّ في النص نقصاً.

بائع واحد، فأراد أحدهما الرد وأراد الآخر أن يمسك، فإنَّ في هذا روايتين عن **مالك**. إحداهما أنَّ المشتري يمكن من ذلك. وبه قال **الشافعي ومحمد بن الحسن وأبو يوسف**. والرواية الأخرى رواها **أشهب** عنه أنَّه لا يمكن من ذلك. وبه قال **أبو حنيفة**. وسبب هذا الإختلاف النظر في هذه الصفقة والعقد الواحد هل يقدر كصفقتين وعقدين أو كصفقة واحدة وعقد واحد.

فمن قدَّره كصفقتين، مكَّن أحد الشريكين من رد نصيبه، وإن لم يرد شريكه.

ومن رآه كصفقة واحدة، لم يمكنه من الرد.

فيحتج من رآه كصفقتين بأنَّ التعدد إذا كان من ناحية البائع، كما مثَّلنا به في المسألة الأولى، أنَّ الصفقة تعد كصفقتين، ولهذا مكن المشتري الواحد/ أن يردَّ على أحد البائعين. وكذلك إذا كان التعدد من ناحية من اشترى.

وأجيب عن هذا القياس بأنَّ التعدُّد إذا كان من جهة من باع، فإنَّ المشتري لعبد من رجلين إذا ردَّ على أحدهما نصف العبد وهو جميع ما اشتراه منه، هل يلحق هذا البائع مضرَّة في تبعيض صفقته إذ لا علاقة بينه وبين شريكه في هذا وملكه يتبعض عليه. وإذا كان التعدد من جهة من اشترى، فإنَّ أحد المشتريين لهذا العبد إذا ردَّ نصيبه على بائعه هو رجل واحد تبعَّضت عليه صفقته، والتبعيض إضرار به، فوجب أن يكون من حقِّه الامتناع من هذا الضرر.

ويؤكِّد كون العقد الواحد صفقتين أيضاً أنَّ كلَّ واحد من المشتريين مختص بحكمه في العهدة والمطالبة بما عليه من الثمن، إلى غير ذلك من أحكام العقود. وكذلك يجب أن يخصَّ حكمه في العيب ويكون ذلك صفقتين.

ومن يرى ذلك كالصفقة الواحدة يقول: لو باع رجل من رجلين عبدين، فأراد أحدهما أن يقبل أحد العبدين المتساويين، وأراد الآخر ردَّ العقد، فإنَّه لا يمكن مَنْ قَبِلَ أحد العبدين من هذا القبول. وهذا يقتضي كون الصفقة ها هنا واحدة لا تقدَّر كصفقتين، إذ لو قدَّرت كذلك، لمكن هذا من أخذ أحد العبدين.

وأجيب عن هذا أيضاً بأنَّ هذا البائع لو باع منهما عبدين صفقة، فكأنَّه إنَّما باع من كلٍّ واحد نصف عبد من كلٍّ واحد من العبدين، فليس لأحد المشتريين أن يتحكَّم على البائع ويجمع هذين النصفين في عبد واحد. وقد كنَّا قدَّمنا الكلام على مسألة من اشترى عبداً فباع نصفه ثمَّ اطَّلع على عيب، وذكرنا أنَّ **ابن القاسم** قال هناك: إنَّ البائع يبدَّأ بالتخيير بأن يغرم نصف قيمة العيب في النصف الباقي في يد المشتري لما يلحقه من الضرر في التبعيض عليه.

وقد يقال ها هنا أيضاً: إنَّ من حق البائع أن يغرم لأحد الشريكين قيمة ما يخص به من العيب لأجل ما يلحقه من ضرر التبعيض.

وقد احتجَّ من نصر إحدى الروايتين من تمكين أحد المشتريين، بأنَّ البائع لمَّا عقد من رجلين، وقد علم أنَّه يختلف اختيارهما، صار كالراضي بعيب التبعيض.

وقد يقال ها هنا: إنَّ البائع لمَّا جوَّز/ أيضاً أن يبيع المشتري منه نصف العبد الذي اشتراه، لم يطلع على ما يوجب له الرد فدخل على التبعيض. لكن قد يقال: هذا التجويز والإمكان من مقتضى العقد في أصله، والمشتريان عبداً من رجل واحد قد تضمَّن أصل العقد تمكين كل واحد منهما من اختياره لعلم البائع بتعددهما، فهذا ممَّا ينظر فيه.

وأمَّا إن كان التبعيض من ناحية المبيع مثل أن يوجد العيب في بعض ما بيع دون بعض، فإنَّه لا يخلو أن يكون ذلك في أحد مبيعين بيعا أو في واحد من أعداد بيعت. ثمَّ لا يخلو هذان القسمان/ من أن يكون جنس المبيع ممَّا لا يكال ولا يوزن، أو ممَّا يكال ويوزن، وهو طعام أو غير طعام.

فأمَّا إن كان البيع اثنين، مثل أن يبيع عبدين، وجد العيب بأحدهما دون الآخر، فإنَّه إن كانا متكافئين ينوب كل واحد منهما نصف الثمن، فإنَّه لا يمكن المشتري إلاَّ من رد المعيب خاصَّة، ويلزمه العقد في العبد السالم لأنَّ العقد

صحيح لازم. والموجب لرد[1] العيب، والعيب مختص بأحدهما، فيجب أن يختص الرد به.

وكذلك إن تفاوتت قيمة العبدين فكان العيب موجوداً بأدناهما، فإنَّه لا يمكن المشتري من ردِّ الآخر الذي هو سالم من العيب بما ذكرناه من التَّعليل.

وإن كان العيب موجوداً بالأعلى منهما، فإنَّ للمشتري أن يردَّ السالم الذي هو أدناهما لما يلحقه من الضرر باقتصاره في العقد على الأدنى، وانفساخ العقد في الأعلى الذي هو وجه صفقته والغرض المقصود منهما.

وإن كان المبيع أعداداً مثل أن يبيع عشر ثياب فيجد العيب في أقلها، فإنَّه لا يمكن من رد أكثرها. وإن وجد العيب في أكثرها، فإنَّه يمكن من ردِّ أقلها.

وذكر **أشهب** في **المدونة** فيمن اشترى عشر شياه، فوجد تسعة منها غير ذكيَّة، أو عشر قلال خلا فوجد تسعة منها خمراً، أنَّه يلزمه العاشر الذي يصح عقد البيع فيه.

وهذا قد يسبق إلى النفس منه أنَّه يرى أنَّ من اشترى عبدين فوجد العيب بأعلاهما، أنه يلزمه الأدنى الذي هو الأقل في الصفقة، كما لزمه ها هنا العاشر من القلال أو الشياه.

لكن بعض المتأخِّرين أشار إلى منع هذا التخريج، وقصر الخلاف بينه وبين **ابن القاسم** على أنَّ ذلك ممَّا ينقسم، والعشرة المذكورة أعداد يصح انقسامها، فلهذا قال فيها **أشهب** ما ذكرناه عنه، والعبدان اللذان تختلف قيمتهما لا يصح انقسامهما، فلهذا لم يُلزم الأدنى منهما إذا وجد به عيب أو استحق.

وأشار غيره من أشياخنا إلى هذه الطريقة أيضاً في ارتفاع الخلاف بين **أشهب** وبين **ابن القاسم** في هذا بأنَّ العبدين يقصد في عقد الشراء كون الأدنى منهما تبعاً للأعلى. فإذا بطل المقصود بطل العقد. والذي ذكره في الشياه

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: للرد.

والقلال محمله على أنَّ القلال والشياه متساوية أو متقاربة، ففقد أكثرها لا يبطل غرض المشتري في بقيّتها. هذا هو الحكم من ناحية المشتري وما يتعلّق له بالعقد من حق. ويستوي في هذا الحكم جميع أجناس المبيع الذي قدَّمنا تفصيلها. وإن اختلف في تحديد الأقل والأكثر فيها.

وأما النظر في هذا العقد من ناحية البائع، فإنَّه إذا لم يتوجَّه للمشتري الرد بجميع ماوقع علي العقد، لكون المعيب قليلاً، فإنَّه إن وافقه البائع على هذا[1] الذي هو الحكم من جهة المشتري لم يتغيَّر ما قدَّمناه من الجواب. وإن خالفه، وقال: إذا قصرت على الإستمساك بالأدنى أضرَّ ذلك بي، لكون السالم من/ الصفقة يحمل المعيب. فإنَّه إن كان المعيب طعاماً مكيلاً أو موزوناً،/ فإنَّ من حق البائع أن يمنع المشتري من التبعيض، ويطالبه بأن يمسك الجميع، السالم والمعيب، أو يردَّ الجميع. وكذلك إن كان المبيع ممَّا يكال ويوزن ولكنَّه ليس بطعام كالحرير والكتان، فإنَّ الحكم فيه كالحكم في الطعام في كون البائع من حقِّه أن يمنع من التبعيض. وإنَّما يختلف المكيل والموزون إذا كانا طعاماً أو حريراً أو كتاناً في تحديد الأقل، فإنَّ الطعام الثلث فيه كثير في الإستحقاق ومن اشترى مائة قفير قمحاً فاستحق ثلثها، فإنَّ له عند **ابن القاسم** ردَّ بقيتها، بخلاف من اشترى مائة ثوب فاستحقَّ ثلثها أو نصفها، فإنَّ ما لم يستحق منها لازم للمشتري. والعلَّة عنده في ذلك أنَّ الطعام يرغب في شرائه جملة، في مقتضى العادة، فكان ذهاب الثلث منه في حكم الكثير المُذهب لقصد المشتري. ولو كان الذاهب منه يسيراً كالخمس، فإنَّه لا مقال له لقلَّة الضرر بالتبعيض بهذا المقدار.

وذهب **أشهب** إلى المساواة بين الطعام وغيره ورآه كالعروض في تحديد الأقل والأكثر، وإنَّ استحقاق النصف منه لا يوجب للمشتري ردَّ الباقي الذي لم يستحق. ولو كان المبيع حريراً أو كتاناً وشبه ذلك مما يكال ويوزن، فإنَّه

---

(1) بياض بمقدار كلمة، ولعللها: الأستمساك.

يعتبر الأقل فيه والأكثر بحسب ما يعتبر في العروض في حكم الاستحقاق.

وكأنَّ العلَّة التي ذكرناها في الرغبة في شراء الجملة مختصَّة بالطعام دون العروض التي تكال أو توزن.

ولو كان العيب الموجود في الطعام يختص بقدر لا مقال له فيه، فإنَّ الشيخ **أبا محمد ابن أبي زيد** منع ها هنا أن يكون للبائع مقالاً في التبعيض، ورأى أنَّ من حق المشتري أن يرد هذا المعيب خاصَّة لقلَّة ثمنه، فيخفَّ الضرر ها هنا بالبائع من ناحية التبعيض، بخلاف ماله قدر وبال. وقد قدَّر بعض الأشياخ هذا الذي أشار إليه **ابن أبي زيد** بعشرة أرادب من مائة أردب.

ولو كان الطعام لم يبع على الكيل والوزن وبيع صبراً، وهو جنس واحد، لجرى مجرى الطعام المكيل والموزون فيما ذكرناه من أحكام العيب الموجود ببعض الصبر، وأحكام تحديد القلَّة والكثرة.

وقد جعل **ابن المواز** الطعام الجزاف، بخلاف ما قلناه في المكيل، في أنَّ استحقاق النصف منه لا يوجب للمشتري مقالاً في الباقي. قاله في مسألة من باع صبرتين أو حملين واستحقَّ أحدهما. والقياس ألاَّ فرق بين مكيل الطعام وجزافه إذا كانت الرغبة في شراء جملته أشد. فلو كانت مختلفة كشعير وقمح، لجرت مجرى العروض، لكون كل صبرة الغرض منها غير الغرض من الأخرى.

وأمَّا إذا كان المبيع عروضاً مثل أن يبيع عبدين فيوجد العيب بأدناهما فيريد المشتري ردَّه خاصَّة ويمنعه من ذلك البائع ويعتل بأنَّ المعيب والسالم يحمل بعضهما بعضاً، فإنَّه لا مقال للبائع في ذلك، بخلاف ما ذكرناه في الطعام.

ورأى بعض أشياخنا أنَّه لا فرق بين العروض في هذا والطعام. وذكر أنَّ الدّاودي/ ذكر أنَّ العيب إذا وجد ببعض الصفقة، فإنَّ للبائع أن يمنع من التبعيض، كان العيب في أكثرها أو أقلِّها. وتعلَّق أيضاً بما وقع في **المدوَّنة** من أنَّ المشتري إذا وجد في صفقته ما يضر به في أكثر عدده ووزنه وكيله فأراد أن يمسك السالم بحصَّته من الثمن، فليس له ذلك. وقدَّر أنَّ للبائع فيه مقالاً في أن

يحمل السالمُ/ المعيب كون السالم هو الأقل، فأحرى أن يكون للبائع مقالاً في أن يحمل الأكثر هو السالم عيب أقل الصفقة إذا كان هو المعيب. ويتعلّق بذكر الموزون والمكيل مطلقاً من غير تخصيص بأن يكون طعاماً. وقد قدَّمنا عن غيره أنَّ الموزون والمكيل يحمل بعضها بعضاً في العيب، بخلاف العروض.

وإذا توجَّه للمشتري ردَّ الأقل لبطلان أكثر الصفقة، فإن أراد الإمساك ورضي ببطلان غرضه في الاستحقاق، فإنَّه يمكن من ذلك إذا كان الذي يتمسَّك به معلوماً مقداره من الثمن بأن يكون المبيع وقع على كيل أو وزن، فإنَّه يعلم إذا استحقَّ من ذلك أكثر أجزائه ما يختص بالجزء الذي يستحق. فأمَّا إن كان ممَّا لا يعلم مقداره، كاستحقاق أعلى عبدين فيها، فإنَّه يمنع من الإستمساك بالعبد الأدنى الذي لم يستحق عند **ابن القاسم**، لأنَّه لمَّا ملك ردَّه صار استمساكه به كابتداء اشترائه بثمن مجهول، لأنَّه لا يستمسك به على[1] أنَّ ثمنه مقدار ما يختص به من ثمن جميع الصفقة وذلك مجهول.

وأجاز ذلك **ابن حبيب** وقدَّر أنَّه لمَّا لم يختر المشتري ردَّ ما بقي في يديه، فإنَّ استمساكه به بحكم العقد الأوَّل الذي كان ثمن العبدين جميعاً فيه معلوماً، ولم تضر الجهالة في أصل العقد بما ينوب كلَّ واحد من العبدين لمَّا كانا لمالك واحد، فكذلك لا تضر هذه الجهالة الواقعة بعد صحَّة العقد، لأنَّ العقد لم ينحلَّ بالرد. ألا ترى أنَّ هذا العبد الذي لم يستحق لو مات في يد مشتريه، كان ضمانه منه لكون البيع فيه منعقداً حتَّى يردَّه المشتري.

وقد يجري هذا الخلاف على الاختلاف الذي ذكرناه في جمع سلعتين لرجلين. وقد ذكرنا سبب الخلاف في موضعه.

وقد قيل إنَّ مقتضى ما يشير إليه **أشهب** ما ذهب إليه **ابن حبيب** ها هنا. لكون **أشهب** أجاز في مسألة **المدونة** فيمن اشترى طوقاً ذهباً فأصاب به عيباً أن يصالح عن العيب على دراهم مؤخَّرة. وقدَّر أنَّ الطوق لمَّا لم يُردَّ بالعيب، صار

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: إلاَّ على.

ما دفع من الدراهم المؤجَّلة إنَّما هو عوض عن ترك المخاصمة لا كاستئناف عقد يتصوَّر فيه الربا. وذكر أيضاً **أشهب** في من غصبت له أمة فولدت الأمة فباع الغاصب بعض أولادها، أنَّ لمن غصبت منه بيع[1] ما بيع من أولادها دون ما سواهم مع كونه قادراً على أن يستردَّ الجميع أو يأخذ ثمن الجميع، فقد وقع منه التبعيض للعقد بثمن مجهول. وقد وقع في **الموّازيّة**/ فيمن اشترى عبدين فوجد بكل واحد منهما عيباً، فإنَّ له رد أحد العبدين والتمسك بالآخر. وهو إذا تسمك بعد قدرته على رده، فإنَّما تمسَّك به على أن يكون عوضه ما ينوبه من الثمن الذي دفعه عن جميع العبدين فلم يعتبر هذا لما كان أصل العقد عليهما صحيحاً، وإنَّما حدثت هذه الجهالة بعد صحَّة العقد ووجبت الأحكام فيها كما ذكرناه من رد أو إمضاء.

وقد ذكر في **المدوَّنة** فيمن باع شاتين مذبوحتين فوجد إحداهما غير ذكيَّة، أنَّ ذلك بمنزلة الطعام إذا بيع فاستحقَّ بعضه فإنَّ له ردَّ الذكيَّة، على حسب ما قدَّمناه في الطَّعام في استحقاق بعضه، وله أن يتمسَّك بالذكيَّة بحصَّتها من الثمن. وقد كنَّا قدَّمنا من أصله أنَّه إذا قدر على الرد، منع من الإستمساك بثمن مجهول. وقد قال **يحيى** لا يعجبني قوله: له أن يحبسها، فأشار إلى أنَّه خالف أصله في هذا. لكن الشيخ **أبو محمد ابن أبي زيد** استدرك هذا الجواب بأن قال محمَّد[2] ما قال على أنَّ هاتين الشاتين بيعتا على الوزن وهما متقاربتان في السمن./ فإذا استمسك بالذكيَّة، فقد استمسك بثمن معلوم، لكون الموزون إذا استحقَّ بعض أجزائه، كان ثمن الأجزاء الباقية معلوماً، فلا يمنع مانع من جواز الإستمساك بها. وهكذا تأوَّل الشيخ **أبو بكر بن عبد الرحمان** هذه المسألة على أنَّ البيع وقع على الوزن. وأنكر **أبو القاسم ابن الكاتب** هذا التأويل ورأى أنَّ ظاهر الكلام في **المدوَّنة** يقتضي بيعها جزافاً لكونه اقتصر على كونهما مذبوحتين. وظاهر ذلك أنَّهما لم يسلخا وأنَّ رأسيهما باقيان، فلهذا عرفت

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: إمضاء بيع.

(2) هكذا في النسختين ولعل الصواب محمل ما قال.

الذكيَّة منهما. فإذا كانتا كذلك، فالبيع عقد على شخصيهما على ما هما عليه دون وزنهما مع كونهما يختلفان غالباً في اختلاف الأجرام والسمن اختلافاً يوجب التقسيط للثمن والتقويم لهما. وقد حاول **ابن القصَّار** أن يخرج من هذه المسألة قولاً آخر في المذهب في صفقة جمعت حلالاً وحراماً. أنَّ البيع يصح في حلالها دون حرامها. ويقدِّر العقد ها هنا كعقدين منفردين. وكان مقتضى المعروف من المذهب ها هنا ألاَّ يمكن هذا من الإستمساك بالشاة الذكيَّة، لكونها وإن كانت حلالاً، يجوز بيعها على انفرادها، فإنَّ مضامتها في البيع إلى شاة غير ذكيَّة يوجب فساد العقد كله في الذَّكيَّة وغير الذكيَّة. كما قال في **المدوَّنة** في كتاب النكاح فيمن عقد على أم وابنتها، وللأم زوج لم يعلم به العاقد، فإنَّ النكاح يفسخ في المرأتين جميعاً، وإن كانت البنت يجوز العقد عليها منفردة في مستقبل الأمر، لا سيَّما مع كون العقد على[1] يؤثر في البنت لكون الأم ذات زوج، وذات الزوج العقد عليها كالعدم. خلافاً لما أشار إليه بعض الأشياخ من التفرقة بين المسألتين لكون العقد على البنت يؤثر/ في العقد على الأم ويقدح فيه لتعلق تحريم بعضها بنكاح بعض على الصفة المذكورة في كتاب النكاح. ولا تعلق لتحريم الشاة الغير الذكيَّة بالشاة الذكيَّة، ولا يسري تحريم إحداهما أو إباحته إلى الأخرى.

ومن الأشياخ من يشير إلى أنَّ فسخ جميع العقد إنَّما يجب إذا أجمل بثمن واحد. وأمَّا إذا سمي للحلال ثمنه وللحرام ثمنه، صارا كالعقدين.

وقد كنَّا قدَّمنا الكلام على هذه المسألة مبسوطاً ومذاهب فقهاء الأمصار فيها.

ومنهم من يشير إلى أن مسألة كتاب النكاح قد تحمل على أنَّه قد جهل الفساد أحد المتعاقدين، وعلم إحداهما بالتحريم فيه[2] اختلاف، هل يوجب الفسخ أم لا؟ وكذلك يجري الأمر في مسألة الشاتين إذا علم أحد المتعاقدين

---

(1) هكذا في النسختين، ويظهر أنَّ هناك سقطاً، ولعلَّ الصواب، على الأم لا يؤثر.

(2) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب، وعلم أحدهما بالتحريم، وفيه . . .

بالتحريم. وقال **سحنون** في مسألة الشاتين: إنَّ البيع فاسد. وكذلك لو عقد على قلّتين يعتقد أنّهما خلٌّ فظهر أنَّ إحداهما خمر. وهكذا يذهب فيمن (يزوج امرأة شخص اعتقد أنّه عبد، فإذا به حر، النكاح عنده يفسخ).[1] ولم يعذر في هذه العقود بالجهالة بالتحريم، ورأى أنَّ الحر والميتة والخمر ممَّا يحرم العقد عليه شرعاً، فلا تأثير لجهل العاقد أو علمه في هذا إلاّ من ناحية رفع الإثم عن الجاهل.

وقدَّر **ابن القاسم** أنَّ الجهل في هذا يعذر به في تصحيح العقد على ما يحل. وأنَّ الذي وجب فسخه يقدَّر كالاستحقاق لمَّا ارتفع الإثم ها هنا عن الجاهل بتحريم بعض المعقود عليه. والاستحقاق لبعض المبيع لا يحرم الاستمساك بما لم يستحق. وكذلك ما فسخه الشرع ها هنا من المحرَّم يقدَّر كأنَّه استحقَّ بالشرع. وتصوَّرنا في هذه/ المسألة أنَّ الشاة الذكيَّة علمت على الجملة دون التعيين، يوجب فسخ بيع الجميع لكون الحلال لم يتميَّز من الحرام. فلو أمضينا البيع في إحداهما، لأمكن أن يصادف هذا الإمضاء الشاة الغير ذكيَّة. ولو أكل المشتري إحداهما، والأمر كذلك، لم يلزمه إلاّ ربع ثمنها، لكون الباقية منهما يجب فسخ البيع فيها فثمنها يسقط، والأخرى المأكولة يمكن أن تكون هي الذكيَّة، فيجب غرامة جميع ثمنها، ويمكن أن تكون ليست هي الذكيَّة، ويسقط جميع ثمنها، فكان الواجب لاستواء جانب البائع والمشتري أن يقتسما هذا الثمن نصفين، كما يقسمان ما لا يدعيانه ولا يد لأحدهما عليه. وهذا وإن كانت يده على هذه المأكولة، فإنَّه قد علم أنَّ يده عليها إنَّما كانت من يد البائع أخذها منه بثمن. ولو وقع البيع في قلال يعتقد أنَّها خل، فوجد بعضها خمراً فشغل المشتري عن التحاكم فيها إلى أن تخلَّلت وثبت ذلك بالبيِّنة. فإنَّ **الأبياني** قال: ثمن هذه التي تخلَّلت يسقط عن المشتري. ولكنَّ الشيخ **أبا محمَّد ابن أبي زيد** استدرك هذا الكلام عليه، وتأوَّل أنَّه إنَّما يصح على أنَّ هذه القلال التي

---

(1) ما بين قوسين كلام غير واضح.

تخلَّلت، تردّ/ على بائعها. وإذا ردَّت عليه وجب سقوط ثمنها عن المشتري.

وهذا الذي استدركه عليه **ابن أبي زيد** يمكن أن يكون **الأبياني** لم يُورده، لكون هذه القلال التي كانت خمراً عند العقد لا ملك للبائع عليها، ولا يستحق فيها على هذا المشتري لو أتلفها، ولا يصح حيازته لها. فإذا ارتفع ملكه عنها حين العقد وحيازتها، لم يبقَ إلاَّ أنَّ الله سبحانه خلَّلها وهي في يد مشتريها فصارت حلالاً. فكأنَّ الله سبحانه وهبه رزقاً من عنده، كطائر يسقط بداره، أو ماء أنبعه في أرضه، أو سقط طائر في أرض مباحة فسبق هذا إلى اصطياده وأخذه.

وهذا عندي ممَّا ينظر فيه. ولعلَّنا أن نبسط القول في صحَّة الحيازة للخمر في موضعه إن شاء الله تعالى.

ولو قدَّرنا أنَّ الحيازة تصح للبائع، لأمكن أيضاً أن يقال: إذا تخلَّلت عند المشتري ولم يُقض بها له ووجب ردها على البائع، فهلاَّ كان من حق البائع أن يلزم المشتري ثمنها، ويكون ذلك كعيب ذهب عن المبيع قبل رده بالعيب. فإن قيل: فإنَّ المبيع المعيب إذا ذهب عيبه قبل الرد فإنَّه حلال قبل العقد وفي حين العقد وبعد العقد. وهذا في حين العقد هو في نفسه حرام، فلا يصح إمضاؤه ويقدر أنَّ ذلك كعيب ذهب.

قيل: قد قدَّمنا أنَّ مذهب **ابن القاسم** أنَّ الجهل بهذا المحرَّم عذر في كونه لا يفسد الحلال الذي ضامَّه، وأنَّه يجري مجرى الإستحقاق ببعض المبيع. فكذلك يجب أن يقدَّر أيضاً أنَّه كمباح بيع وهو معيب فذهب عيبه قبل الرد.

لكن قد يقال أيضاً ها هنا: إنَّ المتعاقدين لو علما بالتحريم، لصحَّ العقد فيما هو حلال على أحد المذاهب. فإذا جهلا ذلك، كان أحرى في تصحيحه. وها هنا إنَّما تقدَّم الإمضاء فيما هو محرَّم لنفسه لا لأجل غيره. فكان أشد في منع إمضاء العقد فيه. وكأنَّ هذه التفرقة تمنع من تشبيهه بعيب ذهب.

ولو كان المبيع قد فات بعضه واستحقَّ ما بقي منه أو ردَّ بعيب، فإن

الفائت إن كان هو الأقل، فإن ردَّه لأجل بطلان الصفقة لا سبيل إليه لفوته، لكونه لمَّا علم أنَّه لو كان قائماً، كان للمشتري نقض البيع فيه، على حسب ما تقدَّم، فإنَّ المشهور من المذهب أنَّه يمضي البيع فيه بحصَّته من الثمن، فإذا كان/ البيع عقد على عبدين أحدهما تبع للآخر وفات الذي هو التبع، نظر إلى قيمته من قيمة صاحبه الذي ردَّ بالعيب أو استحقَّ. فإن كان في حكم التقويم ربع الصفقة، مضى فيه بربع الثمن وردَّ البائع من الثمن الذي قبض ثلاثة أرباعه، وهو ما قابل المردود بالعيب أو المستحق. وكأنَّ هذا قدَّر أنَّه لمَّا استحال ردُّ عينه لفوته، امتنع أيضاً لاستحالة رده نقض البيع فيه، لأنَّ البيع إنَّما انتقض فيه إذا كان قائماً لكون المشتري بطل غرضه. وقد يكره بقاءه منفرداً في ملكه/ ويتعذَّر بيعه عليه. وإذا فاتت عينه وجبت المحاسبة في الثمن إذا كان عيناً دنانير أو دراهم. وإذا وجبت المحاسبة فلا معنى لرد قيمته عوضاً عن عينه، لأنَّ العين إذا كانت باقية، ردَّت لأجل ما قلناه من فقد غرض المشتري. وهذا الغرض الذي اعتبرناه قد بطل لما فات واستحال رده. وقيل: بل يرد قيمته، بالغةً ما بلغت، لكون القيمة عوض العين. وهكذا قال **ابن المواز**، فيمن باع شاة عليها صوف فجزَّه وأتلفه، إنَّ الشاة إذا ردَّها بعيب ردَّ مثل الصوف أو قيمته ما بلغت، وكأنَّ من ذهب إلى هذا رأى أنَّ الذهاب إلى إمضاء البيع فيه، مع إمكان وجوده[1] المغابنة فيه حين العقد، إلزام المغابنة للمغبون، مع بطلان غرضه في الصفقة. وهو يحتج بأنَّ المغابنة إنَّما سهلت عليه لأجل ما حصل له من جملة الصفقة. فإذا بطل غرضه لم يلزم المغابنة، فإنَّا لو قدَّرنا أنَّ الثَّمن مائة دينار والقيمة حين العقد ثمانون ديناراً، وألزمنا المشتري إمضاء البيع عليه في العبد الأدنى الذي فات، أسقطنا رجوعه بخمسة وعشرين ديناراً إذا ألزمناها له، وهو إنَّما التزمها لحصول غرضه في الجملة، كنَّا أضررنا به، فكان الأولى أن يردَّ قيمة الفائت عوضاً من رد عينه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: وجود.

وهذه الرواية الثانية هكذا ينقلها الأشياخ أنَّ قيمة الفائت ترد قيمة مطلقة. وبعض أشياخي يقيدها بأنَّه إنَّما يرد القيمة إذا كانت أقل من الثمن. فأما إن كانت قيمة هذا الأدنى أكثر ممَّا ينوبه من الثمن المسمَّى لم يلزمه إلاَّ ما ينوبه من الثمن المسمَّى. فاعتبر في عوض هذا الفائت الأقل ممَّا ينوبه من المسمَّى أو قيمته.

وعندي أنَّه إنَّما سلك هذه الطريقة لكون الرد من حق المشتري لبطلان جلِّ صفقته لاحقاً عليه. فإذا كان الثمن أقل من القيمة، كان من حقِّه أن يتمسَّك به، ولا ينقض البيع فيه إذا كان الثمن الذي تمسَّك به معلوماً عند **ابن القاسم**. وعند **ابن حبيب** له إمساكه ولو كان الثمن مجهولاً. وها هنا لمَّا وجبت المحاسبة والتقويم، ردَّ البيع فيه أو أمضاه، لم يمنع من التزام المبيع فيه.

وإذا تقرَّر هذا فإنَّ **ابن المواز** رأى أنَّ فوته إنَّما يحصل بعيب مفسد أو ذهاب عيب.[1] وأمَّا حوالة السوق فيه فلا تمنع من رده، لأنَّ الرد بالعيب لا تمنع منه حوالة الأسواق. فلمَّا ردَّ العبد الأعلى الذي هو وجه الصفقة بالعيب، صار عيبه كأنَّه موجود في العبد الأعلى لأجل عيب تبعيض الصفقة.

وبعض أشياخي يرى أنَّ ظاهر مذهب **ابن القاسم** فوته بحوالة السوق، لأنَّه لمَّا ردَّ مع كونه سالماً من العيب، صار ردُّه كاستحقاق ارتجاع عرض دفعه عوضاً عن عرض استحقَّ من يديه، فإنَّ حوالة السوق تفيته، على ما سنبيِّنه إن شاء الله تعالى. فإذا وجبت المحاسبة في الفائت على صفة ما/ ذكرناه فاختلف في صفته. فذكر البائع صفة إذا قوِّمت، كان الفائت ثلث الصفقة، وذكر المشتري صفة/ إذا قوِّمت كانت ربع الصفقة. فإنَّ البائع إن كان نُقد الثمن كله، فلم يختلف المذهب في أنَّ القول قوله في صفة الفائت. وإن كان لم ينقد فإنَّ **ابن القاسم** ذهب إلى أنَّ القول قول البائع أيضاً. وذهب **أشهب** إلى أن القول قول المشتري. والذي ذهب إليه **أشهب** هو الذي اختاره **ابن الموّاز**. والذي

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصوات: عين.

ذهب إليه **ابن القاسم** هو الذي اختاره الشيخ **أبو الحسن بن القابسي**. فأمَّا **ابن القاسم** فإنَّه يعتل بأنَّ المتبايعين قد اتفقا على عمارة ذمَّة المشتري بمال معلوم، والمشتري يدَّعي سقوط بعضه عنه فلا يصدق في ذلك، كما لا يصدق إذا أقرَّ بدين وادَّعى قضاء عنه فلا يصدق.

ويعتل **أشهب** بأنَّ العيب أو الاستحقاق لمَّا ثبت، تضمَّن سقوط بعض الثمن وبعضِ ما قابله في أصل البيع. وإذا ثبت انتقاص بعض الثمن أو اختلفا في مقدار ما انتقص منه، وكان البائع لم ينتقد، فإنَّ المشتري مصدق، لكون الأصل براءة ذمَّته، فقدَّر أنَّ ما انتقص ممَّا لم ينتقص هو المصدق فيه لكونه غارماً، والغارم هو المدَّعى عليه. فإذا كان البائع قد انتقد، صار مطلوباً برد بعض ما قبض بعد صحَّة حوزه له، فكان هو المصدَّق له لكونه هو المدَّعى عليه.

وقد كنَّا قدَّمنا اختلاف أهل المذهب في الرد بالعيب، هل هو نقض للبيع من أصله أو هو كابتداء بيع الآن؟ فإن قلنا: إنَّه نقض للبيع من أصله، حسنت هذه التفرقة التي فرَّق بها **أشهب** بين كون المقر بالدين المدعي لقضائه لا يصدق، لأنَّ القضاء ليس بنقض للبيع من أصله.

وسنتكلَّم في كتاب الوكالات على مسألة من باع حمل طعام فردَّ نصف حمل بعيب وقال: هو جميع ما اشتريت. وننبَّه على أنَّ من ادَّعى توزيع الثمن وتقسيطه وأنَّ بيع هذا الذي أحضره المشتري شيئاً آخر بيع معه، فهو المدَّعي أيضاً.

فإذا تقرَّر ما ذكرناه في أحكام الاستحقاق، فإنَّ المبيع لو كان عدداً كثيراً مثل أن يبيع عشرة أعبد فيستحق رجل جزءاً من جميعها كالثلثين أو الثلث، فإنَّها تقسم. فما أخرجه القسم للمستحق نظر فيما بقي في يد المشتري، هل هو أكثر الصفقة أو أقلَّها على ما تقدَّم بيان حكمه؟

ولو كان البيع في عروض بعروض مثل أن يبيع عبداً بثوبين أحدهما تبع

للآخر فاستحقَّ الثوب الأدنى، فإنَّه يجب ارتجاع ما قابله من العبد، فإن كان الثوب الأدنى هو ربع الصفقة، انتقض البيع في ربع العبد.

لكن اختلف المذهب في هذا الانتقاض، هل يرجع من استحقَّ الثوب من يده في عين العبد، فيكون شريكاً في ربعه أم لا؟ فقال أشهب: يرجع شريكاً بربع العبد. وروي عن **ابن القاسم** مثل هذا. ولكنَّه قال: إذا حكم بهذه الشركة، صار لمشتري العبد الخيار في ردِّه لأجل ما طرأ عليه فيه من شركة. والشركة عيب توجب تمكينه من رده.

ورأى بعض أشياخي أنَّ **أشهب**، وإن أطلق الجواب بالشركة، فإنَّ قصده بذلك ما أشار إليه **ابن القاسم** من كون المشتري العبد يثبت له الخيار لأجل عيب الشركة.

وبعض الأشياخ يشير إلى كون/ **أشهب** لا يثبت لمشتري العبد خياراً. وكأنَّه يقدر أن الإستحقاق أو العيب لمَّا جاء من قبله في أحد الثوبين، لم يكن له مقال فيما طرأ من عيب في العبد، كأنَّ ذلك من سميَّة[1]./ وإن كان المشتري المشير إلى هذا من الأشياخ، ضعف هذا الاعتلال.

ولو كان العبد قد فات، فإنَّ الرجوع إنَّما يكون في قيمته إذا حال سوقه أو فات بغير ذلك. وإذا عاد الرجوع في قيمته، صارت قيمته كثمن بيع به عروض. وقد قدَّمنا أنَّ الأدنى إذا فات اختلف فيه، هل يمضي بحصَّته من الثمن أو يرد قيمته عوضاً منه، وكذلك يجري الأمر ها هنا أيضاً، يختلف في هذا، هل يرد قيمة الثوب الفائت إذا استحقَّ الأعلى، أو يرد بعيب ويأخذ جميع قيمة عبده، أو يمضي الفائت بما ينوبه من قيمة العبد في أصل العقد، على حسب ما تقدَّم بيانه.

ولو كان العبد هو المستحق أو المردود بالعيب، فإنَّ الحكم فيه يجري على ما قدَّرناه من هذه الأصول فيرتجع ثوبيه إن كاناً قائمين أو قيمتهما إن كانا

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: سببه.

فائتين. وإن فات أحدهما فهو جار على ما قدَّمناه وبيَّناه. وذلك يغني عن إعادته ها هنا.

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه: قبل هذه الجملة التي نقلناها من كلامه:

إلاَّ أن يكون البائع دلس بالعيب، فيكون للمشتري رده من غير أن يؤخذ بما نقصه. إلاَّ أن يكون بتصرف[1] فيه قد أتلفه بوجه لا يتصرَّف الناس بمثله، فليس له إلاَّ الأرش. وكذلك إن تلف العبد من العيب الذي دلس به البائع، لم يضمنه المشتري ورجع بالثمن.

قال الإمام رحمه الله: يتعلَّق بهذا الفصل أربعة أسئلة منها أن يقال:

1 ـ لم كان المدلس بالعيب يضمن المبيع إن هلك من العيب؟

2 ـ وما حكم (من عيب)[2] يحدث عند المشتري وقد دلس البائع؟

3 ـ وما حكم زيادة تحدث عند المشتري؟

4 ـ ومتى تعتبر القيمة في زيادة عند المشتري؟

فالجواب عن السؤال الأوَّل أن يقال: إذا باع عبداً، وقد أبق عنده، فكتم عن المشتري منه إباقه، فأبق هذا العبد عند المشتري فهلك هذا العبد بسبب الإباق، مثل أن يخشى من الطلب أو يدركه سيده فيتردى من جبل فيهلك، أو يكتمن في غار هلك فيه بسبب اكتمانه، فإنَّه يجب على بائعه رد جميع ثمنه، لأجل أنَّه لمَّا علم هذا العيب الذي هو مهلك للعبد فلم يبينه للمشتري حتَّى أهمله المشتري ولم يحرسه، فإنَّه غرَّه غروراً أتلف على المشتري به ماله. والغرور المتلف للمال يضمن به الغار، ولو كان قولاً مجرداً، فكيف بهذا وقد أخذ عوضاً عن مبيع صار في حيِّز ما لا ينتفع به، والمشتري إنَّما دفع الثمن على ما ينتفع به، فإذا كان لا ينتفع، ارتجع ثمنه. بخلاف من لم يعلم بالعيب حتَّى

---

(1) هكذا في النسختين، وفي غ والغاني: بتصرفه.

(2) هكذا في النسختين ، ولعلّ الصواب حسبما تدل عليه الإجابة: وما حكم نقص مفيت.

باع، فإنَّه لم يغر ولا صار كالقاصد لإتلاف مال المشتري، فلم يجب عليه سوى قيمة العيب.

وذكر **الطحاوي** أنَّ **الشافعي** يرى أنَّ البائع لا يضمنه وإن مات العبد من عيب دلس به. قال: لأنَّه لو أعتقه عن واجب ثمَّ مات لأجزأ عنه./ فأشار إلى أنَّ الإجزاء في العتق يدل على أنَّ المشتري قد استقرَّ ملكه عليه لمَّا كان له الرضى بالعيب والضمان من المالك.

والإنفصال عن هذا هو ما قدَّمناه من كون البائع قد غرَّه فأتلف ملكه وماله.

والذي ذكره **الطحاوي** في العيب يفتقر إلى تفصيله. لأنَّا لا نرى إجزاء عتق الرقبة المعيبة في الكفَّارة.

فإذا تقرَّر أنَّ تلف العبد إذا كان بسبب التدليس، فإنَّ البائع عليه رد الثمن. وإن مات فإنَّه إذا كان الموت ليس من سبب العيب الذي وقع به التّدليس/ ولا علاقة بينه وبينه، فإنَّ البائع لا يلزمه إلاَّ قيمة العيب الذي دلس به لأنَّه لم يتلف مال المشتري مباشرةً ولا بسبب فعله.

لكن اختلف المذهب في هذا العبد الآبق الذي باعه سيده فأبق عند المشتري فمات على صفة لا يعلم ارتباطها بالإباق وكون الإباق مسبباً فيها، مثل أن يعرض له سوء مزاج من قبل نفسه، ومن قبل ما ليس للإباق سبباً فيه، فإنَّ المشهور من المذهب كون البائع مطلوباً برد الثمن. وقال **ابن دينار**: لا مطالبة عليه بجميع الثمن لكون الإباق ليس هو السبب في قتله.

فكأن أهل المذهب المشهور رأوا أنَّه بنفس الإباق وجب على البائع رد الثمن على أنَّه مات في إباقة أو بقي على الحياة، لكون الإباق حال بين المشتري وبين جميع منافع العبد التي عليها عاوض بالثمن. وكان هذا المنع من جميع منافعه من جهة البائع وتغريره بالمشتري فوجب عليه رد الثمن. بخلاف هلاكه من عيب حدث به لا تعلق له بالإباق الذي حال بين المشتري وبين جميع المنافع التي عاوض عليها.

فكذلك لو كان عبداً سارقاً دلس فيه بعيب السرقة وكتم ذلك عن مشتريه، فإنَّه إن سرق عند المشتري من مال رجل أجنبي فقطعت يد العبد، فإنَّ المشتري يرد العبد ويرجع بجيع الثمن ولا غرامة عليه في اليد التي قطعت، لأنَّ قطعها إنَّما كان من جهة البائع الذي كتم عن المشتري سرقته ودلس عليه بها. وإن كانت سرقته دون النصاب أو من غير حرز حتَّى يسقط القطع فيها، فإنَّها تصير كجناية جناها عند المشتري بسبب تدليس سيده. فللمشتري نقض البيع وتعود المطالبة بين المسروق ماله وبين البائع المدلس.

ولو كان هذا العبد إنَّما سرق من مال مشتريه الذي اشتراه أو لم يعلم بكونه سارقاً، فإنَّ المذهب على قولين: هل تتوجَّه المطالبة بهذه السرقة أم لا؟ فذهب **ابن حبيب** إلى أنَّ المطالبة بهذه السرقة ساقطة، لكون هذا العبد إنَّما جنى على مال سيِّده الذي هو على ملكه فلا مطالبة عليه. ورأى **مالك وسحنون** أنَّ المطالبة تتوجَّه. واختلف في محلِّها من العبد. وسبب هذا الاختلاف في ثبوت المطالبة أو سقوطها، أنَّه قد علم أنَّ العبد إذا جنى على أجنبي فأتلف ماله من غير أن يكون صاحب المال أذن لهذا العبد في وضع يده على هذا المال، فإنَّ العبد مطلوب بهذه الجناية. وإذا جنى على مال سيِّده فالعبد غير مطلوب.

وها هنا وقع إشكال/ من ناحية أبينها لك. وذلك أنَّ المشتري قادر على رد هذا العبد إلى ملك سيده ونقض البيع فيه. وهو لو ردَّه، ثمَّ بعد رده أتلف مال هذا المشتري، فإنَّه مطلوب بغير خلاف. فمن قدَّر أنَّه ها هنا لمَّا كان مالكاً للرد، صار حكمه حكم من ردَّ، ألزم المطالبة بهذه الجناية. ومن رأى أنَّه لمَّا خيّر بين أن يرد العبد أو يمسكه، صار قصارى ما فيه أنَّه ملك أن يملك الرد. ومن ملك أن يملك لا يعد مالكاً على أحد القولين، فسقط على هذا المطالبة، لكونه إنَّما جنى ماله على ماله، وهو قبل أن يرد باق على ملكه. وإن قلنا: إنَّه بقدرته على الرد، صار مالكاً للرد، وكأنَّه قد رد، لالتفت أيضاً إلى أصل آخر، وهو ما اشتهر من الخلاف في الرد بالعيب، هل هو كابتداء بيع فيكون هذا العبد

إنَّما/ أتلف مال سيِّده. لكن قد يلتفت مع هذا أيضاً إلى كون هذا التالف لسيِّده فيه مشاركة بالتدليس، فيضاف فعل العبد إليه. ولكن إنَّما يتعلَّق بالعبد الفاعل بأن يخرج من ملك سيِّده إن لم يفتده. فهذا وجه التحقيق عندي في هذه المسألة. وأمَّا سبب الخلاف فيها مع القول بتوجه المطالبة، هل تتعلَّق برقبة العبد أو بذمَّته فنبسط القول فيه في موضعه إن شاء الله تعالى، إذا تكلَّمنا على سبب الاختلاف إذا أودع وديعة فأكلها، أو التقط لقطة فأكلها، فإنَّه أذن له في وضع اليد على هذا المتناول، وكأنَّ هذا الإذن إذن في التصرف، فيكون ذلك جناية في رقبته. وقد علم أنَّ إتلافه من غير إذن أصلاً يكون في رقبته، وإتلافه مع الإذن في وضع اليد دون التصرف وقع فيه هذا الإشكال، هل هو كإذن في التصرف ووضع اليد، أو كعدم الإذن فيهما، فينظر ما يغلب في حكم هذين الموضعين على صاحبه.

ولو كانت السرقة لم يدلس بها، لم يكن للمشتري أن يرد هذا العبد إلاَّ بعد أن يغرم قيمة يده. ولو كانت سرقة لا قطع فيها، لكان له الخيار في أن يأخذ قيمة العيب، ويتولَّى هذا العبد بنفسه. فيمكن من أخذ قيمة العبد لما يلحقه من خسارة في العبد إذا أراده.

وقد تنازع الأشياخ في عيب كتم بعضه وبيَّن بعضه. مثل أن يبيع عبداً قد أبق له سنة، فيقول للمشتري أبق شهراً.

فقال الشيخ **أبو بكر ابن عبد الرحمان** إن هلك العبد في مدة الشهر، فلا مطالبة على البائع، لكونه هلك بسبب عيب قد بيَّنه. وإن هلك بعد الشهر ضمنه بائعه. فكأنَّه أعطى لما كتم حكمه لو تجرَّد.

وخالفه غيره، ورأى الأقل[1] حكم الأكثر. فإن كان المكتوم هو الأكثر، صار كمن كتم الإباق كله. وإن كان المبين هو الأكثر، صار كمن بيَّن الإباق كله. وكأنَّ هذا قدَّر أنَّه قد ورد في الشرع إجراء حكم الأكثر على الأقل، كما قيل في ثمرة أبر بعضها، أو زرع سقي بالدلو وبماء السماء، إلى غير ذلك مما

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: للأقل.

ألحق فيه الأقل بحكم الأكثر، وكذلك هذا.

ومنهم من ذهب إلى أنَّ الواجب في ذلك قيمة العيب المكتوم. وكان[1] قدَّر أنَّ بعض مدَّة الإباق تبعث المشتري على حراسته وضبطه، فيكون البائع غير معين على تلفه.

وقد كنَّا قدَّمنا اختلاف/ الأشياخ أيضاً فيمن باع عبداً به ورم، فلم يدلس بالورم، فزاد الورم عند المشتري، فقال الشيخ **أبو بكر بن عبد الرحمان**: لا يضمن المشتري هذه الزيادة لكونه إنَّما ردَّ المبيع بسبب أصلها وهو مبدأ الورم. وخالفه غيره.

وكذلك كنَّا قدَّمنا أيضاً، إذا دلس على المشتري بعيب فباعه هذا المشتري قبل أن يعلم بعيبه من آخر، فهلك بسبب العيب المدلس به عند المشتري الثاني، وقد ذكرنا أنَّه قد قيل: ينزع الثمن كله من الأوَّل، ويقدر كونه مدلساً على الآخر لما دلَّس على المشتري منه.

وقد حاول بعض أشياخي أن يجري هذا الاختلاف في هذه المسألة التي قدَّمناها فيمن دلس في عبد باعه بعيب فمات بسبب ذلك العيب، وقد كان المشتري أعتقه أو وهبه أو كانت أمة فولدت منه، فإنَّه قد قال في **المدوَّنة** عن المشيخة السبعة: إنَّه يرتجع من البائع الثمن.

وحاول بعض أشياخي أن يجري في عتق هذا العبد أو هبته ما قدَّمناه من الخلاف في المسألة التي ذكرناها الآن وأحلناها على ما تقدَّم، وهي من باع عبداً آبقاً دلَّس فيه بالإباق، فباعه مشتريه قبل أن يعلم بإباقه من مشتر آخر، فمات عند المشتري الآخر. وكأنَّ من قال: ينتزع الثمن من البائع، يرى ها هنا ما قاله المشيخة السبعة. ومن قال: لا يكون للمشتري الآخر إلاَّ قيمة العيب، يقول ها هنا: لا يكون له بعد العتق والهبة إلاَّ قيمة العيب المدلس به، لكون هذا العبد قد خرج من ملكه، فيجب أن يجري فيه من الخلاف ما جرى في خروجه

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: وكأنَّ هذا.

من ملكه عن معاوضة. وقد كنّا نحن قدّمنا في تعليل هذا ما يقتضي كون هذا التخريج ممّا يفتقر إلى نظر.

ولو اختلفا في وجود الإباق عند المشتري فقال المشتري أبق مني فعليك رد الثمن، وقال البائع: بل أنت أخفيته لتسترجع مني الثمن، فإنَّ القول قول المشتري. قال مالك رضي الله عنه: لأنّه ادّعى ما يشبه، والظالم أحق أن يحمل عليه. وهذه منه إشارة إلى كون البائع (   )[1] بهذا العيب يقتضي تصديق المشتري، لكون هذا الفعل الذي ادّعاه المشتري قد تقدّم من العبد، وتقدُّمه من العبد، وكونه قد أبق، يقتضي أنّه فعل ذلك الآن كما فعله فيما سلف. ولو تحقّقنا أنّه أبق لوجب رد الثمن إذ كان البائع مدلساً. فكذلك إذا كان الظاهر أنّه أبق مع كون البائع ظالماً ينبغي أن يحمل عليه. كما قيل في أحد القولين فيمن اغتصب صرّة فيها دنانير، أنَّ القول قول المغصوب منه في مقدارها، لكون الغاصب ظالماً، فهو أحق أن يحمل عليه.

وعلى ما قرّرناه في أنَّ من دلّس بعيب فهلك المبيع بسبب العيب، أن المشتري يرتجع الثمن، يجب ذلك فيمن اشترى من رجل شعيراً ليزرعة وبيَّن للبائع أنَّ مراده به ذلك، فزرعه المشتري وثبت أنّه لم ينبت، فإنَّ البائع يرد جميع الثمن على/ المشتري لكونه أتلفه عليه بغروره وتدليسه. لكن لو اشترى منه هذا الشعير، ولم يذكر له أنّه يريده ليبذره، ولا تفاهما ذلك من قرائن الأحوال تفاهماً يقوم مقام الاشتراط، فإنَّ البائع لا يلزمه رد جميع الثمن، وإنّما تلزمه قيمة العيب. واعتلَّ ابن حبيب لهذا بأنَّ الشعير قد يشترى لا لشيء واحد وقد باء البائع بالإثم إن علم أنَّ شعيره لا ينبت فكتم ذلك. فأشار إلى أنَّ البائع لا يحل محلَّ المدلس الذي هو سبب في إتلاف المبيع على المشتري، لأنّه قد يعتذر بأنّه قد يتحقّق أنّه أراده للزريعة وظنَّ أنّه أراده للأكل، فلهذا لم يوجب عليه رد جميع الثمن. فإن قيل: فلم أثمه إن علم أنَّ الشعير المبيع لا ينبت فكتم ذلك؟

---

(1) بياض في (و) مقداره كلمة ـ وهي غير واضحة في المدنية. والأقرب أن تكون: مدلساً.

قيل: لأجل تجويزه أنه قد يريده لزراعة، فكان من حقِّه أن يبين هذا للمشتري لئلاَّ يقع فيه، ويكون التأثيم من باب وجوب صيانة مال المسلم.

وقد قيل: إنَّ الذي ذكره من الاقتصار على أخذ قيمة العيب إذا لم يعلم البائع أنَّه لا ينبت، إنَّما هذا إذا كان وجود مثل الشعير الذي لا ينبت متعذِّراً، وأمَّا إذا وجد فإنَّما عليه رد مثله.

وإذا كان لم يشترط أنَّه يريده للزراعة فثبت أنَّه لا ينبت، فإنَّ على البائع قيمة هذا العيب. وإن كان قد يشترى الشعير لغير شيء واحد كما قال ابن حبيب. لكن الإخلال ببعض هذه المنافع ينقص من ثمن الشعير إذا اطَّلع عليه المشتري.

ولو كان المبيع إنَّما هو من هذه البذور التي إنَّما تراد لتزرع، لم يفتقر إلى اشتراط المشتري كونه يريدها للزراعة. ويحل العلم بذلك محلّ/ الاشتراط في شراء الشعير أنَّه يراد للزراعة. فيلزم رد الثمن أيضاً إذا علم البائع أنَّها لا تنبت فدلس بذلك فزرعها المشتري فلم ينبت.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال: إذا اشترى رجل من رجل ثوباً فتصرَّف فيه المشتري تصرفاً أحدث به نقصاً، فإنَّه لا يخلو أن يكون ذلك النقص مما يصير المبيع كالتالف عينه، مثل أن يشتري ثوباً فيقطعه خرقاً، أو مما في معنى ذلك مما لا يراد له الثوب غالباً، فإنَّه إذا فعل ذلك، لم يكن له إلاَّ قيمة العيب، سواءً كان البائع مدلساً أو غير مدلس. لأنَّه إن كان غير مدلس، فقد فات المبيع عند المشتري، فليس له إلاَّ قيمة العيب. وإن كان البائع مدلساً، فقد فات المبيع أيضاً عند المشتري بفعله وإتلافه له، فلم يجب على البائع رد جميع الثمن لكونه غير متلف للمبيع. بخلاف ما قلناه فيمن دلس بالإباق فأبق العبد فهلك، فإنَّ البائع يرد جميع الثمن لكون تلف المبيع من سببه.

وأمَّا إن قطعه قطعاً جرت العادة به، مثل أن يشتري مقطعاً فيقطعه ثوباً، ثمَّ يطلع على عيب كان عند البائع، فإنَّ المشتري بالخيار كما قدَّمناه بين أن

يأخذ قيمة العيب أو يرد الثوب. وما نقصه القطع، إذا كان البائع غير مدلس بالعيب الذي اطَّلع عليه المشتري/ بعد أن قطعه. وأمَّا إن كان البائع مدلساً، فإنَّ المشتري لا يلزمه غرامة هذا النقص الذي هو القطع، لكون البائع كالآذان له فيه، لأنَّه لمَّا دلَّس بالعيب، وعلم أنَّ للمشتري الرد به، وأنَّه قد يقطعه، صار البائع هو السبب في قطعه فلم يكن له مطالبة به، وصار هذا النقص منه، كما تكون منه مصيبة العبد الآبق إذا دلس بإباق فأبق عند المشتري فمات بسبب الإباق. فإذا لم يلزمه غرامة هذا النقص، لم تكن له المطالبة بأخذ قيمة العيب الذي كان عند البائع، لأنَّا قدَّمنا فيما سلف أنَّ المشتري إذا اطَّلع على عيب بالمبيع بعد أن حدث عنده نقص فيه، أنَّه لم يثبت له الخيار في أن يأخذ قيمة العيب ويتمسَّك بالمبيع، لكونه لا يمكنه رد المبيع بالعيب إلاَّ بخسارة تلحقه، وهي غرامة ما نقص أو خسارة تقدَّمت له في المبيع، على حسب ما قدَّمناه فيمن اشترى أعجمياً فعلمه صنائع بإجارة بذلها على أحد القولين. فإذا لم يكن على هذا القاطع للثوب الذي دلَّس عليه البائع بعيبه غرامة في القطع، لم تكن له المطالبة بقيمة العيب، على ما أصَّلناه. وهكذا قال **ابن المواز** في هذا: إنَّ المشتري بالخيار بين أن يرد ولا شيء عليه للقطع، أو يتمسَّك ولا شيء له. لكن وقع في **المدونة** فيمن اشترى ثوباً فقطعه أو صبغه صبغاً ينقصه، ثمَّ اطَّلع على عيب، أنَّ له أن يأخذ قيمة العيب أو يرد ولا شيء عليه. أمَّا قوله: يرد ولا شيء عليه، فهو جار على الأصل الذي قدَّمناه من أنَّ المشتري لا يطالب بالنقص إذا دلس عليه بعيب، على حسب ما قدَّمناه. وأمَّا قوله: أن يأخذ قيمة العيب، فهو جار على الأصل لما قدَّمناه من أنَّ المشتري إنَّما يمكن من أخذ قيمة العيب متى لحقه الضرر بخسارة إن ردَّ، وهذا لا يلحقه خسارة في الرد. وهكذا قال **أصبغ** في أصوله: لا يكون هذا في التقطيع. وأشار إلى ما أشار إليه **ابن المواز**.

وقد تأوَّل بعض المتأخرين مسألة **المدوَّنة** على أنه إنَّما اقتصر في الجواب على أحد الموضعين المذكورين في السؤال وهو صباغ الثوب، فإنَّ صباغه قد

أدَّى فيه ثمناً، فيكون/ له[1] أخذ قيمة العيب لئلاَّ يخسر هذا الثمن الذي أدَّاه في الصباغ. وهذا التأويل فيه تعسف وخروج عن ظاهر ما في **المدوَّنة** لأنَّه ذكر في السؤال القطع والصبغ. وأجاب عنهما جواباً واحداً. ولهذا تأول الشيخ **أبو موسى بن مناس** المسألة على أن التقطيع أدَّى فيه المشتري ثمناً لمن فصَّل له الثوب، فقد يفتقر التفصيل إلى إجارة، مثل تفصيل الثياب الرفيعة من ديباج وغيره، فإنَّ تفصيلها يفتقر إلى علم، فلم[2] يعلمه يستأجر عليه من يعلم.

وأشار بعض أشياخي إلى هذا[3] التأويل إنَّما يستقل تخريجاً على أحد القولين فيمن اشترى عبداً أعجمياً علَّمه/ صناعة أدَّى في تعليمها ثمناً، فإنَّ له أخذ قيمة العيب لئلاَّ يخسر ما أدَّاه في التعليم، لمَّا كان ما أداه في التعليم لم يحصل منه عين قائمة في المبيع. وكذلك يجري الأمر فيما أدَّاه في التقطيع. ويمكن عندي أن يقال في هذا أنَّ الغالب في المقطع أن يفصل، والغالب في التفصيل أن يؤدى عليه أجرة. ولو ردَّ على بائعه صحيحاً لأدَّى في تفصيله أجرة، فقد كفاه المشتري مؤونتها، فوجب أن يكون له مقال لأجل ذلك بخلاف تعليم العبد الأعجمي.

وقد حاول بعض أشياخي أيضاً إجراء المسألة على ظاهرها والإستغناء عن التأويل لها، فقال: أما رأي **مالك** أنَّ من لم يدلس بالعيب للمشتري أن يتخيَّر عليه ويأخذ منه قيمة العيب، فمن دلَّس وظلم، أحرى أن يؤخذ منه قيمة العيب، ويمكن المشتري من ذلك، لكون البائع ظالماً، والظالم أحق أن يحمل عليه.

وهذا الذي قاله يهدم ما أصَّلناه من أنَّ علَّة تمكين المشتري من أخذ قيمة العيب الضرر الذي يلحقه بالخسارة، وها هنا لا خسارة عليه، فلا يصح تمكين المشتري من المطالبة بقيمة العيب. وقد قيل في المذهب المشهور: إنَّ من لم

---

(1) اعتمدنا نسخة المدينة في إثبات ما ذكر من قوله: له أخذ قيمة العيب إلى قوله. وكذلك. وذلك لسقوطه من نسخة المكتبة الوطنية.

(2) هكذا، ولعلَّ الصواب: فمن لم . . .

(3) هكذا، ولعلَّ الصواب: إلى أنَّ هذا.

يدلس بالعيب، واطَّلع المشتري منه على عيب، وحدث عنده عيب إن أسقط البائع عن المشتري قيمة العيب الحادث عنده، لم يمكن من المطالبة بقيمة العيب الذي كان عند البائع لسقوط الغرامة التي من أجلها كان له المطالبة بقيمة العيب الذي كان عند البائع. هذا مع كون المشتري قد وجب له التخيير قبل أن يسقط عنه البائع قيمة العيب الحادث عنده، فكيف بمن لم تجب عليه غرامة لأجل التقطيع.

وعلى هذا الأسلوب يجري القول فيمن باع جارية بكرا دلس بعيب فيها، فافتضَّها المشتري ثمَّ اطَّلع على عيب بعد افتضاضها، فقال الشيخ **أبو القاسم بن الكاتب** إنَّه لا يلزمه قيمة الافتضاض، كما لم يلزمه قيمة تقطيع الثوب، لكون البائع كالآذن في الإفتضاض لما دلَّس بالعيب، كما قرَّرنا في التقطيع. قال: وقد ذكرنا أنَّ الرواية: وجوب مطالبة المشتري بقيمة الافتضاض إذا ردَّ الجارية بالعيب، ولو كان البائع مدلساً.

وحاول بعض أشياخي أن يجري هذا على القولين، فإنَّه قد علم أنَّ من اشترى ثوباً دلَّس فيه البائع بعيب فلبسه المشتري، فإنَّه إذا ردَّه ردَّ معه ما نقصه اللباس، وإن كان البائع مدلساً، لكون المشتري قد انتفع باللباس وصان به ماله. ولو لم يلبس هذا لبس ما عنده من الثياب فينقصها بلباسه كما نقص هذا. وعلم أيضاً أنَّ التقطيع لا غرامة عليه فيه إذا دلس البائع بالعيب لمَّا كان لا منفعة للمشتري فيه. فإن قلنا: إنَّ الافتضاض مما ينتفع به المشتري كما ينتفع باللباس، وجب رد قيمة الإفتضاض.

وكان غيره من أشياخي إذا تكلَّم على سبب الإختلاف/ في إلزام الولد أن يزوج أباه الفقير، فقال: إنَّ سبب هذا الاختلاف النظر في الوطء هل هو كالأقوات المحتاج إليها. فيكون على الولد أن يزوِّج أباه، كما عليه أن يشتري له قوته. أو يقال: إنَّه ليس من ناحية القوت، وإنَّما هو كالتفكه والتلذذ. فلا يلزم الولد ذلك. وهذا الذي أشار إليه شيخنا هو الذي أشار إليه شيخنا الآخر، وللنظر في ذلك محال.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال: لا يخلو المبيع، الذي دلَّس فيه بعيب وغيره، من أن يكون المشتري أحدث فيه نقصاً أو أحدث فيه نقصاً وزيادة. مثل أن يشتري ثوباً فيقطعه، وقد دلس البائع فيه بعيب، فإنَّا قد تكلَّمنا على هذا، وذكرنا ما قال فيه من تقدَّم من أهل المذهب ومن تأخَّر. وكذلك لو أحدث فيه زيادة محسوسة، ولكنَّه نقص من جهة الثمن.

مثل أن يصبغ الثوب صبغاً ينقص ثمنه، فإنَّه إن كان البائع مدلساً واختار المشتري الرد، فلا غرامة عليه في هذا النقص، كما لا غرامة عليه في القطع.

ولو كان صبغه صبغاً أفسده به حتَّى بطل الغرض المقصود منه، فإنَّه إنَّما له قيمة العيب، كما قلناه في القطع أيضاً: إذا اشترى مقطعاً ففصله ثياباً أو خرقاً، فالقطع والصبغ يستوي حكمهما في الرد أنَّ المشتري لا يغرم ما نقص إذا كان الصبغ مما ينقص ثمن الثوب. ويختلفان في التمسك وأخذ قيمة العيب لئلا يخسر ما أدَّاه من إجارة في الصبغ. وقدَّمنا أنَّ إلزام المشتري غرامة إذا ردَّ به عذر في تمكينه من أخذ قيمة العيب. وكذلك يمنع إذا اختار الرد، فإنَّه لا يمكنه بأن يخسر ما أدَّى في الصبغ، وكان لأجل هذا أخذ قيمة العيب. وأمَّا التقطيع فقد قدَّمنا أنَّه يرد ولا شيء عليه، أو يمسك ولا شيء له. وذكرنا ما تأوَّل فيما وقع في **المدوَّنة** من تمكينه من أخذ قيمة العيب في هذا، وما قيل في ذلك. وأمَّا إن أحدث المشتري فيه زيادة محضة، فإنَّ له أخذ قيمة العيب لئلاَّ يخسر إذا ردَّ ويخرج على ملكه.

فحصل في هذا أنَّ الزيادة التي تتوقَّع خسارته يمكن المشتري من أخذ قيمة العيب، مدلساً كان البائع أو غير مدلس.

وأمَّا النقص ففي عدم التدليس تجب غرامته إذا ردَّ أو يمكن من أخذ قيمة العيب، وفي التدليس غرامة عليه إذا ردَّ، وتمكينه من أخذ قيمة العيب يتفصَّل، كما قلناه إن اقتضى ردَّه خسارة مُكِّنَ من أخذ قيمة العيب، وإن لم يقتض ذلك فإنَّه لا يمكن.

وأمَّا إن أحدث نقصاً وزيادة وكانت الزيادة كأنَّها من مقتضى النقص، فإن الحكم إدخال النقص في قيمة الزيادة حتَّى تخلص من ذلك زيادة أو نقص محض أو عدم زيادة وعدم نقص. مثل أن يشتري ثوباً دلس فيه البائع بعيب، فقطعه المشتري قبل أن يعلم بالعيب، وخاطه قبل أن يعلم بالعيب، فإنَّ القطع نقص والخياطة زيادة. كأنَّ القطع اقتضاها، فيجبر بالزيادة/ عيب النقص، على ما نبينه في حكم التقويم. وأمَّا إن كانت الزيادة ليست من مقتضى النقص، مثل أن يشتري ثوباً فيصيبه عنده خرق، ويصبغه أو يقطعه ثمَّ يصبغه، فإنَّ هذا مما لم يقع لمن تقدم من أصحابنا فيه نصَّ على النقص يجبر بالزيادة. وقد تردَّد الشيخ **أبو إسحاق التونسي** هل يقتضي المذهب جبر القطع بالخياطة الجبر لهذه الزيادة التي لا تعلق لها بالنقص أم لا؟ وكذلك/ تردَّد)[1] أيضاً فيه غيره من الأشياخ. ولكنَّه أشار إلى التفرقة بين هذا وبين جبر القطع بالخياطة، فإنَّ الخياطة يقتضيها القطع وكأنَّهما كمعنى واحد لتعلق الثاني بالأوَّل. فحسن ها هنا أن يمحو الأوَّل بالثاني. بخلاف من قطع الثوب ثمَّ صبغه، فإنَّ هذا لا تعلَّق لأحدهما بالآخر. واستشهد بأنَّهم قد قالوا: إنَّ من خرق ثوباً فعليه رفوه وغرامة ما نقص. وما ذلك إلاَّ لكون القطع تفريق أجزاء والرفو تلفيقها ونظمها، فحسن أن يجعل كالشيء الواحد. وقد كنَّا نحن أشرنا إلى هذه الطريقة فيما تقدَّم لمَّا ذكرنا أنَّ من اشترى جارية بها عيب فأزوجهاوولدت عنده، أنَّه يجبر العيب بالولد لمَّا كان العيب للتزويج الذي حدث عنده، وهو المقتضي للولادة. وذكرنا ما قيل في ذلك.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال: قد قدَّرنا أنَّ المشتري إذا اطَّلع على عيب ولم يحدث عنده بالمبيع تغيُّر، فإنَّه مخيَّر بين الرد ولا شيء عليه، والإمساك ولا شيء له. وإن حدث عنده نقص، والبائع لم يدلس به، فإنَّه مخيَّر بين أن يأخذ قيمة العيب ويتمسَّك بالمبيع أو يرد بالعيب ويرد معه ما نقص

(1) هنا ينتهي النقص من نسخة الوطنية، وهو نقص يقدر بصفحتين.

ويرتجع ثمنه. لكن يفتقر ها هنا إلى معرفة زمن التقويم.

فاعلم أنَّ كلَّ بيع صحيح يضمنه مشتريه بالعقد، فإنَّ التقويم فيه، إذا أراد المشتري أخذ قيمة العيب، يومُ العقد، فلو كان لا يضمن هذا البيع الصحيح إلاَّ بالقبض، فإنَّ القية المعتبرة في طلب قيمة العيب يوم القبض. وقد أشار في **المدوَّنة** إلى هذا لما ذكر أنَّ التقويم يوم العقد. قال: لأنَّ مصيبتها من المشتري. ومقتضى هذا أنَّ الأمة المبيعة على المواضعة إذا اطلع فيها على عيب، وأراد المشتري أخذ قيمته، فإنَّ قيمتها تعتبر يوم خروجها من المواضعة، وهكذا بيع الخيار، لا يوم العقد لمَّا كانت في ضمان البائع في سائر مدَّة المواضعة. وهكذا بيع الخيار يعتبر في القيمة يوم القبض.

وأمَّا المحتبسة بالثمن فتجري على القولين، فيمن رأى أنَّ ضمانها من المشتري اعتبر في تقويم العيب يوم العقد، ومن رأى أنَّ ضمانها من البائع اعتبر في تقويم العيب يوم القبض.

وكذلك السلعة المبيعة وهي غائبة يجري الأمر فيها على ما ذكرناه في المحتبسة بالثمن، لكون **مالك** رضي الله اختلف قوله في ضمانها، كما اختلف قوله في المحتبسة بالثمن.

وأمَّا إذا أراد المشتري الرد ويرد ما نقص، فإنَّ المعروف من المذهب أنَّ اعتبار النقص يكون يوم العقد أيضاً. وقال **أحمد/ ابن المعذل**: إنَّ اعتبار النقص إنَّما يكون يوم الرد، بخلاف اعتبار أخذ قيمة العيب. وأشار إلى أنَّ الفرق بينهما أنَّ الجزء الذي أمسكه البائع قد أخذ حصَّته من الثمن باطلاً. فعليه ردها، وذلك بأن يقال: ما قيمة السلعة يوم عقد البيع؟ فيقال: مائة دينار، على أنَّها سالمة من العيب. ثم يقال: ما قيمتها يوم العقد، وبها العيب الذي قام به المشتري؟ فيقال: ثمانون. فقد علم أنَّ العيب ينوبه من الثمن خمسه لمَّا نابه في التقويم عشرون ديناراً من مائة دينار، والعشرون خمس المائة. فينظر ما دفعه المشتري من جملة الثمن، فيسقط عنه خمسه. فإن كان الثمن خمسين ديناراً،

ارتجع المشتري خمسها، وهو عشرة دنانير، لأن الواجب له ارتجاع ما نقص لا ارتجاع القيمة، لكونهما تراضيا بثمن فيلزمها ذلك، وافق القيمة أو خالفها. فإن أراد المشتري أن يردَّ قيل: ما قيمتها وبها العيب الحادث؟ فإن قيل: ستون، فقد ذهب عند المشتري جزء قيمته/ عشرون ديناراً، وهي من المائة التي هي التقويم الأوَّل خمسها، ومن الثمانين التي هي التقويم الثاني الذي حصل في يد المشتري، ربعه، فعليه رد ربع ما قبض، والذي قبض يساوي ثمانين. فإذا كان الثمن خمسين ديناراً فذهب منها عشرة ثمن الجزء الذي بقي عند البائع، والجزء الذي ذهب عند المشتري الذي حصلت في يديه، ردَّ السلعة وردَّ معها عشرة دنانير، فهو بالخيار بين أن يرد ويغرم عشرة، أو يمسك ويأخذ عشرة. فأمَّا العشرة الأولى التي يرتجعها فواضح أنَّ القيمة يعتبر فيها يوم العقد، لما قدَّمناه من كون البائع أخذ عوضها فيطالب بحصَّتها من الثمن، كما طولب إذا أخذ منه قيمة العيب. وإنَّما المشتري أتلفها واختار ردَّ المبيع ونقضه من أصله، فإذا انتقض البيع من أصله، انتقض في الثلاثة أخماس التي ردَّها وفي الخمس الذي ذهب عنده. وإذا انتقض البيع وبطل الثمن، ردَّ المشتري قيمة الجزء الذي ذهب عنده. (وإذا انتقض البيع وبطل الثمن الذي ردَّ المشتري قيمة الجزء الذي ذهب عنده)[1] إذ ثمنه قد بطل. وأجيب عن هذا بأن المشتري أتلفه على حصَّته من الثمن الذي رضي بكونه ثمناً فيه. وكونه قد تلف يستحيل معه رده، وإذا استحال معه رده، مضى البيع فيه بحصَّته من الثمن. لا سيَّما إذا قلنا: إنَّ الردَّ بالعيب كابتداء بيع، فيصير المشتري إنَّما بايع البائع في الأجزاء الباقية.

هذا عندي مما يلتفت فيه في توجيه المذهبين إلى الاختلاف المشهور في الرد بالعيب، هل هو نقض للبيع من أصله أو ابتداء مبايعة الآن؟ فإذا تقرَّر هذا عدنا بعده إلى ما ذكرناه في حكم الزيادة التي يحدثها المشتري. لأنَّ النقص الذي يحدثه قد تكلَّمنا على وجوب غرامته وزمن تقويمه.

---

(1) ما بين القوسين مكرر في النسختين.

فاعلم أنَّ المشتري/ المدلس عليه بالعيب إذا صبغ الثوب صبغاً زاد في قيمته، فإنَّ الزيادة إنَّما تعتبر قيمتها يوم الحكم إن اختار الرد. ويكون شريكاً بهذه الزيادة في الثوب إذا ردَّه على البائع بالعيب الذي دلس به. وهكذا ذكر ابن المواز أنَّ القيمة في الزيادة إنَّما تكون يوم الحكم، وقدَّر أنَّ هذه الزيادة لم تقع عليها معاقدة بين البائع والمشتري، ولا تراض بثمن معلوم فيعتبر فيه يوم العقد، فلا يكون للمشتري طلب هذه الزيادة إلاَّ بأن يعتبر مقدارها يوم الحكم لمَّا اختار الرد حينئذ. وقد أشار بعض المتأخرين إلى أنَّه إذا قيل في النقص: إنَّ القيمة تعتبر يوم البيع إذا اختار المشتري الرد، لكون البيع قد انتقض، فيجب أن يكون حكم الزيادة والنقص حكماً واحداً. والمشهور من المذهب في هذه المشاركة في الرد بالعيب تكون بما زاد الصبغ في الثوب.

وقد قيل فيمن اشترى ثوباً ممن يعتقد أنَّه مالكه فاستحقَّ من يده وقد صبغه، أنَّه يؤمر المستحق بدفع قيمة الصبغ. فإن امتنع أمر المشتري أن يدفع قيمة الثوب غير مصبوغ. فإن امتنع أيضاً كانا شريكين هذا بقيمة صبغه. وهذا بقيمة ثوبه.

وقد رأى بعض المتأخرين إجراء هذا الحكم في مسألة المشتري إذا اطلع على عيب، وقد صبغ، أنَّ البائع يبدأ أولاً بأن يؤدِّي ما يجب للمشتري في الصبغ. فإن امتنع، أدَّى المشتري قيمة الثوب. فإن أبى، كانا شريكين.

وقد أجرى بعض أشياخي في مسألة الرد بالعيب، هل تكون الشركة بما زاد الصبغ أو بقيمة الصبغ؟ وذكر أنَّه قد قيل: إنَّ الشركة تكون بقيمة الصبغ.

وقد حاول بعض المتأخرين فرقاً بين الاستحقاق والرّدّ/ بالعيب في اعتبار قيمة الصبغ في الاستحقاق واعتبار ما زاد في مسألة الرد بالعيب. فإنَّ المستحق من يده مجبور على تسليم الثوب الذي صبغ، ولا قدرة له على إمساكه عن مستحقه. فوجب أن يعطي قيمة ما جبر على تسليمه بغير اختياره.

والذي صبغ الثوب المعيب وقد قدَّر أن يستمسك بالصباغ ويأخذ قيمة

العيب. فإذا لم يزد صباغه في قيمة الثوب، فلا مطالبة له بالقيمة لأنَّه هو أتلف صباغه وفرَّط في أخذه. وقد قال أصبغ في العامل بالقراض إذا اشترى ثياباً بمال القراض وصبغها من مال نفسه أن يكون شريكاً فيها بما أدَّى في الصباغ. ورأى أنَّ العامل كالمأذون له من رب المال في أن يضيف مثل هذا من ماله إلى مال القراض. فيصير كالوكيل على الإنفاق في الصباغ. فإنَّما يكون له المطالبة والمشاركة بما أدَّى. فرأى هذه الثلاث مسائل اختلفت أجوبتها لاختلاف المعاني التي أشرنا إليها. فجعل الشركة في الرد بالعيب بما زاد. وفي الاستحقاق بقيمة الصبغ، وفي القراض بما أدَّى. وقد تقدَّم كلامنا على اجتماع نقص وزيادة/ أحدثهما المشتري ثمَّ اطلع على عيب. ونبَّهنا على ما قيل من التفرقة بين كون الزيادة لا تعلَّق لها بالنقص، كمن اشترى ثوباً فلحقه عنده عيب وصبغه ثمَّ اطلع على عيب قديم كان عند البائع. وأحلنا هناك على ما نذكر صفة التقويم ها هنا.

فاعلم أنَّ من اشترى ثوباً دلَّس فيه البائع بعيب فقطعه المشتري، فإنَّا قدَّمنا أن لا غرامة عليه في القطع. فإذا خاطه المشتري بعد أن قطعه، فقد صارت ها هنا زيادة محضة زادها المشتري، وارتفع حكم النقص الذي هو القطع لمَّا كان المشتري غير مطالب به إذا دلَّس عليه بالعيب. فيكون صفة التقويم ها هنا أن يقوم الثوب بالعيب الذي كان عند البائع، وبعيب القطع حتَّى كأنَّ القطع كان عند البائع. فإذا قيل: قيمته كذلك بهذين العيبين تسعون ديناراً، قيل: ما قيمته الآن يوم الحكم مخيطاً؟ فإن قيل: مائة دينار، فقد زادت الخياطة فيه عشرة دنانير، وهي من المائة عشرها. فيكون المشتري شريكاً في الثوب بعشره. وقد قدَّمنا أنَّ تقويم العيب الذي كان عند البائع يراعى فيه يوم البيع على ما تقدَّم بيانه والزيادة معتبر قيمتها يوم الحكم، فلهذا كانت الشركة ها هنا بالعشر لمَّا اقتضى التقويم مراعاة تقويم العيب القديم يوم البيع، والزيادة يوم الحكم.

فإن كان البائع غير مدلس، فإنَّ المشتري ها هنا مطلوب بقيمة القطع يجبر الزيادة التي هي الخياطة. فيقال: ما قيمة هذا الثوب وهو لا عيب فيه؟ فإن قيل:

مائة، قيل: ما قيمته وبه العيب الذي كان عند البائع؟ قيل: تسعون. قيل: ما قيمته مقطوعاً: قيل: ثمانون. قيل ما قيمته مخيطاً؟ فإن قيل: تسعون، علمت أنَّ العشرة التي وجبت على المشتري لنقص القطع قد جبرها ما فعل من خياطة وهي عشرة دنانير التي هي ثمن الخياطة. فلا تكون على المشتري متابعة بقيمة نقص القطع لكونه قد عوَّض عنه بالخياطة. وإن قيل: قيمته مخيطاً خمسة وثمانون، فقد جبرت الخياطة نصف مقدار العيب. فيطالب بمقدار نصف عشر الثمن. فإن قيل: قيمته مخيطاً خمسة وتسعون، فقد جبرت الخياطة قيمة النقص الذي هو القطع، وزادت على ذلك خمسة دنانير وهي نصف العشر. فيكون/ المشتري شريكاً في الثوب بمقدار ذلك. وقد قدَّرنا أنَّ الزيادة تعتبر يوم الحكم والنقص يعتبر يوم البيع، إلاَّ عند **ابن المعذل**.

فإذا ذكرنا أنَّه تعتبر قيمة النقص يوم الرد، فإذا أحبَّ المشتري أخذ قيمة عيب اطَّلع عليه في ثوب اشتراه. قيل: ما قيمة الثوب صحيحاً؟ فإن قيل: مائة، قيل: ما قيمته معيباً؟ فإن قيل:/ثمانون، فقد علمت أنَّ العشرين من مائة هي الخمس، فعلى البائع ردُّ خمس الثمن.

وإن كان الثمن خمسين، ردَّ عشرة.

ولو كان حدث عند المشتري، قيل: ما قيمة هذا الثوب الذي قوِّم أولا بمائة ثمَّ قوِّم بالعيب بثمانين وبه هذا العيب الحادث؟ فإن قيل: ستون فقد ذهب خمس آخر من الثمن عند المشتري، فيرد عشرة دنانير من الأربعين التي استقرَّت عليه في الثمن بعد أن طرح قيمة العيب القديم، وبقي ربع الأربعين وخمس الخمسين، والتقويم في هذا يوم البيع. وعند **ابن المعذل** أنَّ القيمة التي يطالب المشتري بترددها[1] تكون يوم الرد. فأنت تجري حكم القطع وجبره بزيادة الخياطة على هذا المذهب.

وقد عارض بعض حذاق الأشياخ هذا الذي قيل في جبر نقص القطع

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: بردها.

بالخياطة. فقال: الخياطة عرض، والواجب على المشتري غرامة النقص من جنس الثمن. فإنّما يجب أن يغرم قيمة القطع دنانير من جنس الثمن، ويكون شريكاً بالعرض الذي زاده في الثوب، وهو الخياطة، إذا لا يجبر من وجب له على إنسان دنانير أن يأخذ منها عروضاً بغير اختياره. وقد كنّا نحن قدّمنا العذر عن هذا، وأنَّ الخياطة لمّا كانت من مقتضى القطع عُدًّا كشيء واحد لا اختلاف فيه.

ولو كانت الزيادة يقتضيها النقص كثوب اشتراه فاطلع على عيب وقد حدث عنده عيب وصبغ الثوب، فإنَّ الصباغ إن كان ينقص فقد تقدَّم الكلام عليه في المدلس وغير المدلس. وإن كان لا ينقص ولا يزيد، فلا مطالبة للمشتري به ولا مطالبة عليه من أجله. وإن كان يزيد، فقد ذكرنا أنَّ حكم الاستحقاق بثوب صبغه مشتريه أنّه يدفع المستحق قيمة الصباغ. فإن امتنع أيضاً، كانا شريكين.

وهكذا رأى بعض الأشياخ: الحكمُ فيه، إذا ردَّ بعيب، لا تثبت الشركة بالصباغ إلاّ بعد أن يعرض على البائع أن يدفع ثمن الصباغ، وعلى المشتري أن يدفع قيمة الثوب، على حسب ما قلناه. فإذا امتنعا فحينئذ تكون الشركة، ويؤمر البائع في هذا الثوب المبيع المعيب أن يدفع ما زاد فيه الصباغ يوم الحكم. فإن امتنع دفع المشتري قيمة الثوب أبيض يوم الحكم. فإن امتنع اشتركا على حسب ما قُوِّم لكل واحد منهما.

وإذا قلنا بالمعروف من المذهب: إنَّ المشتري يقضى له بالشركة بمقدار ما زاد في الصبغ، على حسب ما بيَّناه، وذكرنا مثاله، فإنَّ الصبغ إذا قوِّم يوم الحكم على حسب ما قدَّمناه في التقويم الذي يعرف به مقدار الزيادة ولم يكن حدث عند المشتري نقص، فإنّه يشاركه إذا اختار الرد، ولم يعتبر أخذ قيمة العيب بمقدار هذه الزيادة، وإن كان حدث عنده نقص، فقد كنّا أشرنا إلى ما قيل فيه من التفرقة بين الصباغ والخياطة، فإن الصبغ لا/ يجبر به العيب الحادث عند المشتري. لكن إذا وجب اعتبار النقص يوم البيع والزيادة يوم الحكم، كما

قدَّمناه، نظرت في الصبغ. فإن كان ينقص الثوب يوم البيع والصبغ ينقصه أيضاً يوم الحكم، فكأنَّ نقص الصبغ/ مثل نقص العيب الحادث إذا قوِّم يوم البيع. أو كان نقص الصبغ يوم الحكم أكثر من ذلك، فإنَّه لا مطالبة على المشتري إلاَّ بقيمة النقص الذي حدث عنده الذي قوّم يوم البيع ولا يلتفت فيه إلى يوم الحكم. ولا شيء له في الصباغ لكونه لا زيادة فيه. وإن كان نقص الصباغ يوم الحكم أقل من النقص المعتبر يوم البيع فيطالب بما فضل عن ذلك من نقص. وإن كان الصبغ يربي على قيمة النقص، كان للمشتري المشاركة بالزيادة.

وقد رأيت إشارات المتأخرين الذين تكلَّموا على المسألة اختلفت في نقص ثبت على المشتري لمَّا قوم يوم البيع. فلمَّا قوم الصبغ يوم الحكم، لم يزد في الثمن ولم ينقص منه، هل يجبر به النقص الذي وجب على المشتري. وقد كنت قدَّمت ما قيل في جبر العيب بزيادة لا تعلق له بها، وهذا منه.

وكذلك يجري الأمر في كون الثوب إذا قوم مصبوغاً يوم البيع ومصبوغاً يوم الحكم اختلفت القيمة، فإنَّ ذلك يجري على ما قرَّرناه. وقد قال بعض الأشياخ: إن كان تقويمه كذلك يزيد الصباغ في قيمته يوم البيع ويزيد يوم الحكم، لكانت المشاركة بأقل الزيادتين. ومقتضى المذهب أن تكون المشاركة بالزيادة المعتبرة يوم الحكم.

فصـــل
يشتمل على مسائل ذكرها في المدوَّنة

إحداها: حكم من قام بعيب والذي باع منه غائب.

فذكر في **المدونة** أنَّ البائع إن كان قريب الغيبة كتب إليه فيما قام به المشتري. وإن كان بعيد الغيبة تلوم له إن رجي قدومه. فإذا لم يرج قدومه، قضى عليه أن يثبت أنَّه اشترى على بيع الإسلام وعهدتهَ، وأنَّه نقد الثمن.

فأشار إلى اشتراط ثبت بشروط.

أمَّا الشرط الأوَّل: وهو إقامة البينة على أن البيع عقد على الصحَّة، وعلى بيع الإسلام لا على الفساد الذي هو خلاف بيع الإسلام، فإنَّ هذا الشرط لا يمنع من القضاء على الغائب عدم البينة التي تشهد به. لأنَّ البائع لو كان حاضراً فزعم أنَّه عقد عقداً، زعم المشتري أنَّ العقد صحيح، فإنَّ القول قول المشتري لدعواه الصحَّة. وأقصى مراتب البائع أن يكون حاضراً فيدَّعي الفساد فلا يصدَّق، ويصدق المشتري وإن لم تكن له بينة تصدقه. لكن المشتري لا يصدق ها هنا إلاَّ مع يمينه فيترقَّب أن يأتي البائع فيدعي أنَّ العقد فاسد يجب فسخه وردُّ المعيب إليه، ولا يباع عليه. فيتوجَّه على المشتري اليمين، فيطلبها منه القاضي إذا كان البائع غائباً، ويقدر/ أنَّ البائع حضر فادَّعى الفساد، وطلب يمين المشتري، فيقف الحكم على تحليفه. كما لو أثبت رجل دينا على غائب، فإنَّ القاضي لا يقضي له حتَّى يحلف أنَّ الدين ما قضاه من هو عليه ولا أسقط عنه، مخافة أن يأتي الذي يثبت الدين عليه فيدَّعي القضاء، فلا يثبت القضيَّة إلاَّ إذا حلف قابض الدين.

فاشتراطه البينة في **المدونة** لينتفي بإقامتها وشهادتها عن هذا المشتري الذي ردَّ بالعيب هذه اليمين التي يطلبها القضاة على جهة الإستظهار بحق الغائب. وإنَّما يجب استظهاراً لأنَّ الغائب لم يدع ذلك، فيجب كما تجب اليمين في الدعوى المحقَّقة.

وقد أشار بعض أشياخي إلى أنَّها لا يطلب فيها التحليف في المسجد. بل يستحلف في مكانه لكون هذه اليمين لم تطلب، والذي طلبت من أجله لم يدعها. وأراه يطرد هذا في دعوى القضاء، ولا يكتفي بإيقاعها في غير المسجد. لكو القضاء للديون أمراً يتكرَّر ويكثر، فالإستظهار عليه باليمين يتأكد. بخلاف فساد العقد، فإن الغالب عقود الصحَّة بين المسلمين. ولهذا كان القول قول مدَّعي الصحَّة.

وقد كنَّا قدَّمنا في كتاب السلم/ أنَّ الإختلاف في الصحَّة والفساد إذا أدَّى إلى الإختلاف في الثمن، فإنَّه لا يكون القول قول مدعي الصحَّة على الإطلاق. وها هنا قد ذكر الأشياخ أنَّ اشتراطه في **المدوَّنة** إقامة البيِّنة، إنَّما اشترط ذلك لنفي اليمين لكون القول قول مدَّعي الصحة، مع جواز أن يأتي البائع فيدَّعي فساداً في العقد يتضمَّن اختلافاً في الثمن، فلا يكون القول قول المشتري فيه. لكن هذا أمر نادر لم يدعه البائع، فيتعلَّق به الحكم مع ندوره، وكون من له حق فيه لم يدعه ولا طلب به، هذا العذر عندي عن ما[1] يقدح به في التعليل الذي ذكره.

وأمَّا الإشتراط الثاني وهو أمره المشتري بإقامة البيِّنة على أن البيع لم يقع على البراءة من العيوب في هذا العبد الذي مثَّل به في السؤال. وبيع البراءة يجوز في الرقيق أيضاً. فإنَّه أيضاً إنَّما اشترط ذلك عند الأشياخ لينفي اليمين التي تجب على جهة الإستظهار لحق الغائب. إذ لو كان البائع حاضراً، وزعم المشتري أنَّه لم يبره من العيوب ولا عقد معه على ذلك، وقال البائع: بل عقدت معك على

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب مما.

ذلك، فالقول قول المشتري في تمكينه من القيام بالعيب إذا ظهر، لكن مع يمينه على بطلان دعوى البائع إبراءه من العيوب. فاشتراطه أيضاً إقامة البينة ها هنا لنفي هذه اليمين التي تجب للإستظهار بها، كما قدَّمناه في الشرط. لكن الفضل بن سلمة أكَّد وجوب اليمين في هذا الشرط الثاني، ورآه بخلاف الأوَّل لأجل أنَّ البينة التي حضرت العقد إذا شهدت بصحَّته، فلا يؤثر قول المشتري: إنَّ الفساد كان بعد العقد، والبينة إذا حضرت العقد عارياً من اشتراط البراءة من العيوب، فإنَّ دعوى المشتري أنَّه قد أبرأه من العيوب/ يؤثر في وجوب اليمين، فلهذا كان اشتراط طلب اليمين في هذا الوجه آكد منه عنده في الوجه الأوَّل.

وأمَّا اشتراط كون المشتري نقد الثمن، فإن هذا ليس لأجل الإستظهار باليمين على الإطلاق، بل يتفصَّل القول فيه، فتعتبر العادة في دفع الثمن، هل جرت بانتقاده حتَّى لو حضر البائع فادَّعى أنَّه لم ينقده، لم يصدق لكونه قد أطال المقام مع المشتري قبل أن يغيب. فإنَّ اشتراط طلب اليمين ها هنا، مع كون المشتري مصدقاً في دفع الثمن إنَّما هو استظهار مخافة أن يحضر البائع فيدَّعي ذلك، على حسب ما قدَّمناه في الشرطين المتقدمين. وأمَّا إن كانت العادة تأخير الثمن إلى حين قيام المشتري بالعيب، فإنَّه لا يصدق في أنَّه دفع الثمن. ولو حضر البائع فأنكر القبض لصدق، إلاَّ أن يثبت المشتري البينة بأنَّه دفع، فاشتراطه البيِّنة في هذا الوجه الثالث تكون تارة لأجل نفي اليمين وتارة لتقبل دعواه.

وهذا خلاف ما يقضى به في مكتر اكترى جمال رجل ثم هرب فطلب الجمَّال أن يكريها عليه، فتكون الزّيادة للهارب المكتري، ويكون النّقص عليه يتبع به، فإنّه هاهنا إن كانت العادة تأخير النّقد فإنّ الجمّال مصدّق أنّه لم يقبض الكراء، لكون المكتري الهارب لو حضر فادّعى دفع الكراء لم يصدّق، بل صدّق الجمال لكون العادة تؤكّد صحّة قوله. [ولو كانت العادة هاهنا[1] النّقد، لم

(1) كلام غير واضح في النّسختين.

يقف القضاء، لكون الجمال ادّعى لم يقبض، وذلك خلاف العادة، لكون المكتري الهارب لم يدّع ما اقتضته العادة من النّقد ويحلف مع العادة الّتي هي مقام شاهد، فتصحّ دعواه فلا يمنع كون/ العادة في الكراء النّقد القضاء للجمّال بمقتضى دعواه. وإن خالف العادة لكون العادة لم تحضر أحد يحلف معها.] وفي مسألة العيب إذا كانت العادة النّقد، فالمشتري الّذي يردّ بالعيب حاضر يحلف معها.

وأمّا المسألة الثّانية، فإنّه ذكر في **المدوّنة** أنّ المشتري إذا ادعى أنّ هذا العبد الّذي اشتراه كان البيع فيه فاسداً، وأثبت ذلك، والعبد لم يفت، فإنّ القاضي يفسخ البيع، ويبيع العبد في الثّمن، على حسب ما قدّمناه في بيع القاضي للغائب. وإن نقص ذلك عمّا وجب للمشتري على البائع اتّبع المشتري البائعَ به. والقاضي إنّما يبيع هذا العبد لكون البائع لا مال له يقضى منه سواه. ولكونه أمثل ما يباع على الغائب، أو لخوف موت العبد أو إباقه، لكون هذا العبد الّذي اشتري شراء فاسداً لو فات في يد المشتري لقضى القاضي بإيقافه في يد المشتري، وألزمه قيمته يوم قبضه، ويقاصّ عن البائع الغائب بهذه القيمة، ويحاسب المشتري بماله على الغائب وعليه، ويترادّان الفضل متى ما تلاقيا.

وقد عارض الأشياخ ما أشار هاهنا من إبقاء الفضلة في ذمّة المشتري شراء فاسداً إذا فات المبيع في يديه. وإشارته في الرّدّ بالعيب إلى كون/ الفضلة توقف للغائب وأشار ابن أبي زمنين وغيره إلى أنّ البائع غاب وصارت القيمة له ديناً على المشتري لسبب فساد بيعه وما دخل فيه. والسلطان لا يقتضي ديون الغائب إذا لم يُفقَد لكونه غاب، وهو راضٍ بذمّة من هي في ذمّته، فلا نظر للقاضي في ذلك. بخلاف لو جنى رجل على مال غائب، فإنّ القاضي يطالب الجاني لكون صاحب المال لم يرضَ بما فعل الجاني ولا يبقى ما وجب عليه في ذمّته بلا نظر.

وطعن بعضهم في هذا الفرق بأن قال: البائع بيعاً فاسداً لم ينصرف عن

رضا بكون هذه القيمة في ذمّة المشتري، وإنّما انصرف على أن لا مطالبة بينهما. فيكون للقاضي النّظر في هذا الفاضل للغائب، لكونه لم ينصرف عن رضا ببقائه في ذمّة المشتري. وأشار إلى أنّ الفرق كون الرّدّ بالعيب ينقض البيع من أصله، فإذا انتقض بردّ المشتري بالعَيب، صار المشتري والبائع كأنّهما لم يتعاملا قطّ، فينظر القاضي في مال الغائب. وهاهنا في البيع الفاسد العبد المعيب الّذي تعاملا فيه لم يرجع إلى ملك البائع، وإنّما تغيّرت المعاملة في مقدار الثّمن، فيجب بقاء الفضلة في ذمّة المشتري.

والتّحقيق عندي في هذا أنّ المشتري لهذا الّذي باعه القاضي إن لم يكن هو المشتري الأوّل، أبقي فاضل الثّمن في ذمّته إن كانت مأمونة. ولم ينبغ له أنْ يخرج ذلك إلى أمانة يكون معرّضاً للضيّاع. وإن خاف على ما في الذّمّة وأمن على الثّمن إذا أوقفه في أمانة، فإنّه يوقفه.

وكذلك لو باعه ممّن اشتراه وقام فيه بفساد أو عيب، فإنّه يبقى الثّمن في ذمته إن كانت مأمونة. وإن كان بقاؤه فيها غرراً يعلم أنّ الغائب لو حضر ما رضي به، فإنّه يخرجه من ذمّته.

وكذلك لو فات ولزمت المشتري القيمة، فإنّه يفعل في الفضلة ما هو الأصلح للغائب، إذا علم أنّ الغائب لم يرض بخلافه. وذكر في **المدوّنة** في مسألة أخرى وهي مكاتب باع عبداً فردّ عليه بالعيب بعد أن عجز. فذكر في **المدوّنة** أنّه يكون محجوراً عليه، فيكون النّظر في العبد المردود لسيّده. وقا أبو سعيد بن أخي هشام: بل يعود العبد المكاتب إلى ما كان عليه قبلُ،/ فإن كان قبل الكتابة مأذوناً له في التّجارة، بقي بعد العجز على هذا الإذن. وإن كان محجوراً عليه، بقي بعد العجز على ما كان عليه قبل الكتابة من الحجر.

فكأنّ من قدّر أنّ الكتابة كالمخرجة له من الملك في التّقدير، والعجزُ يصيّره كملك مبتدإ مستأنف، جعله بنفس العجز محجوراً عليه. ومن رأى أنّ حكم الملك باق عليه، فإذا عجز لم ينقله هذا الّذي أكّد حالته بعد الكتابة عمّا

كان عليه قبل الكتابة من/ إطلاق يده في التّجارة.

وقد وقع أيضاً اضطراب في كونه منتزعَ المال إذا عجز. فقال في المكاتب: إذا باع عبداً ثمّ عجز، وردّ العبد بعيب بعد عجزه، فبيع وفضلت منه فضلة، أنّها للمكاتب. وهذا يشير إلى أنّه لا يكون منتزع المال بالعجز. وقال أيضاً: إذا عجز، فماله لسيّده. وهذا يشير إلى أنّ العجز انتزاع ماله وردّه إلى سيّده. وقد تُؤوِّل قوله: فهو له. أنّ له إطلاق التصرّف فيه لعبده أو الحجر عليه. وقال أيضاً في أمّ ولد مكاتب نصرانيّ أسلمت: إنّها توقف. فإن عجز المكاتب، بيعت عليه، وإن كان العجز يصيّر ماله منتزعاً، لأنّها صارت للسيّد الأعلى وهو مسلم، ولا تباع عليه. وقال أيضاً في مكاتب كاتب عبده فعجز المكاتب الأعلى، فإنّ المكاتب الأسفل يؤدّي إلى السيّد الأعلى. وهذا قد يفهم من ظاهره أنّه انتزاع أو حجر. وهذا يبسط في موضعه إن شاء اللهُ تعالى.

قال القاضي أبو محمّد رحمه الله: وإذا نما المبيع عند المشتري ثمّ أراد ردّه بعيب، فلا يخلو النّماء أن يكون منفعة أو غلّة أو عيناً.

فإن كان منفعة أو غلّة، كان له[1]. ولا يلزمه شيء لأجله، لأنّ لهُ الخراجَ بالضّمان.

وإن كان عيناً فلا يخلو أنّ يكون ولادة أو نتاجاً أو غيره.

ففي الولادة والنتاج يردّهما مع الأمّهات.

وأمّا غير ذلك، فيختلف: .

فأمّا ثمرة النّخل فلا يردّها مع الأصل إذا حدثت عنده. فإن كان ابتاع الأصل وفيه ثمر، فإن كانت لم تؤبّر، لم يردّها. وإن كانت مأبورة، ففيه خلاف. وكذلك في صوف الغنم. فأمّا الألبان والأسمان[2] فلا يُرَدّ شيء منه.

---

(1) في غ، والغاني: كاتن له ردّه. وهو خطأ.

(2) في غ، والغاني: السمون.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل أربع مسائل: أحدها أن يقال:

1 ـ هل يردّ الغلّة مع المبيع؟

2 ـ وهل لها قسط من الثّمن إن كانت موجودة حين البيع؟

3 ـ ومتى تكون غلّة لا يردّها؟

4 ـ وهل يضمن المشتري ما يجبُ ردّه منها.

فالجواب عن السؤال الأوّل أنّ يقال: قرّرنا أنّ المبيع المعيب، إذا ردّ بالعيب، بتغيّر إلى زيادة أو إلى نقصان. والزّيادة تكون غير متميّزة كالسمن، وما في معناه ممّا ذكرناه. وتكون متميّزة كاغتلال الحيوان، على اختلاف أنواعه من نتاج أو ثمار أو استخدام، أو غير ذلك من ضروب الإغتلال. وأمّا إن كان الإغتلال ليس بعين قائمة متميّزة في الوجود، كاستخدام الدّيار والحيوان أو إجارة هذا الإستخدام، فإنّه غير واجب ردُّه مع المعيب عند سائر فقهاء الأمصار **كأبي حنيفة ومالك والشّافعي** وغيرهم. حتّى أنّ كثيراً من العلماء ينكر وجود خلاف. فقال الشّيخ **أبو بكر الأبهري**: لا خلاف بين أهل العلم، أن هذا الإغتلال للمشتري ولا يردّه إذا ردّه بالعب. وقال **ابن الجهم**: إذا أجّر العبد بإجارة كثيرة، أو أزوج الأمة بصداق/ قليل أو كثير، ثمّ ردّ بالعيب، فإنّه لا يردّ ما أخذ من إجارة أو صداق. وقال: لا خلاف بين النّاس في هذا. وهكذا ذكر ابن داوود أيضاً لا خلاف بين العلماء في هذا. فأنت ترى تطابق هؤلاء على نقل الإجماع لاشتهار هذا المذهب بين العلماء.

لكن رأيت/ **الجوزيّ** ذكر أنّ **شريحا وعبد الله**[1] **ابن حسن العنبريّ** ذهبا إلى أنّ الغلّة يردّها المشتري أيّ نوع كانت.

وأمّا إن كانت الغلّة ممّا يتميّز، كالولد للأمّة والمواشي أو الثّمرة للأشجار، فإنّ **الشّافعي** ألحق هذا النّوع بحكم هذا النّوع الّذي قدّمناه، وذكر اتّفاق العلماء عليه عند من نقلنا عنه ذلك، وقضى بالولد والثّمر للمشتري وإن

---

(1) في المدنية عبد الرحمن.

ردّ بالعيب، ورأى أنّ ذلك لا يمنعه من الرّدّ بالعيب.

وذهب **أبو حنيفة** إلى أنّ ذلك كلّه للمشتري، كما قال **الشّافعي**، ولكنّه خالفه في ردّ المبيع بالعيب، ورأى أنّ المشتري لا يمكن من الرّدّ، وإنّما له قيمة العيب، وتبقى الغلّة له.

وذهب **مالك** إلى تفصيل القول في هذا، فرأى أنّ النّتاج ليس بغلّة، ولا يمنع الرَّدَّ، بل يجب ردّه مع ردّ الأمّ. لكن يطالب بردّ نقص إن حدث بسبب النّتاج على ما تقدّم بيانه. وأمّا الثّمرة فإنّها تكون للمشتري ولا يمنع من الرّدّ.

فحصل من هذا أنّ الثّمرة تكون للمشتري غلّة عند الثّلاث الأئمّة. ولكن انفرد **أبو حنيفة** بكونها مانعة من الرّدّ للمبيع، وألحقها بما يفيت المبيع. وأمّا الولد فإنّ مالكاً انفرد بردّه، على حسب ما قدّمناه. واختلف الآخران في كونه مانعاً للمشتري من الرّدّ، على حسب ما قدّمناه.

هذا جملة المذاهب المذكورة في هذا جملة وتفصيلاً.

وسبب الإختلاف في هذا النّظر في حديث اشتهر وهو قوله عليه السلام: «**الخراج بالضّمان**»[1]. وقد ذكر سبب الاختلاف هذا الحديث، وهو أنّ رجلاً حاكم آخر عند النبيّ ﷺ في عبد اشتراه، فلمّا ردّه المشتري بالعيب، قال البائع: يا رسول الله، يردّ الغلّة. فقال عليه السلام: «الخراج بالضّمان». وقد خرّج هذا الحديث أبو داوود. وخرّجه التّرمذي. وهو حسن السند. وفي بعض الرّوايات «الغلّة بالضّمان».

وقد تخاصم رجلان إلى **عمر بن عبد العزيز**، فقضى بردّ الغلّة على البائع. فدخل عليه عروة فأخبره أنّ عائشة أخبرت عن النبيّ عليه الصلاة والسلام في مثل هذا أنّه قال: «**الخراج بالضّمان**». فردّ **عمر** قضيّته وقضى للمشتري بالخراج.

فمن ذهب إلى أنّ الغلّة تردّ أيّ نوع كانت، رأى أنّ هذا الحدث كقضيّة في عين لا تتعدّى إلاّ بدليل. ومن رأى أنّ الغلّة لا تردّ، وإن كان الّذي اغتلّ

(1) تقدم تخريجه ص 134.

غاصِباً يضمن بالغصب، رأى أنّ قوله: «الخراج بالضّمان» عموم خرج على سبب، والألف واللاّم للجنس، فوجب التّعميم، لكون كلّ خراج يكون لمن عليه الضّمان. وقد قال جماعة من أهل الأصول:/ إنّ العموم إذا خرج على سبب، لم يقتصر على سببه بل تعدّى.

ومن رأى أنّ الغاصب يردّ الغلّة، خصّ هذا العموم بقوله: **ليس لِعرْقٍ ظالم حقّ**[1]. والغاصب ظالم، فلا حقّ له.

ويحمل الحديث على ضمان ضمن بالملك كمشتر ردّ بالعيب بعد أن كان مالكاً، بخلاف الضّمان بالتّعدّي، أو يحمل الحديث على مثل السبب الّذي خرج عليه وهو ضمان ما ملك، كالمبيع المعيب الّذي لو شاء المشتري لم يردّ على بائعه. وقد أشار **ابن داوود** إلى هذا بأنّ النّظر يقتضيه، وإنّ لم يردْ الخبر، لأجل أنّ المشتري إنّما اغتلّ ما ملك، ولو شاء لم ينقض البيع فيه، وهو لم يشترِ الغلّة ولا أخذها وهي في ملك البائع. فيجب ردّها على البائع.

وهذه الإشارة الّتي أشرنا إليه لها تعلّق بأصل آخر قد ينشأ الخلاف منه أيضاً في هذه المسألة، وهو النّظر في كون الرّدّ بالعيب هل يقدّر أنّه فسخ للبيع من أصله ونقض للملك، حتّى كأنّه لم ينتقل عن البائع، فتكون الغلّة له أيّ نوع كانت.

ومذهب الشّافعيّة أنّه رفع له الآن.

وأشياخنا يقولون بأنّ المذهب عندنا على قولين، هل الرّدّ بالعيب نقض للبيع من أصله؟ أو كابتداء بيع الآن؟ ويخرّجون هذا من مسائل إحداها الاختلاف المشهور في مسألة من اشترى أمة على المواضعة، ثمّ ردّها بعيب بعد خروجها من المواضعة، هل يجب أيضاً على المشتري مواضعتها كما وجب له ذلك على البائع منه لكونه بائعاً؟ وإن قلنا: إنّ ذلك رفع للبيع من أصله، فإنّه لم يبع فلا عليه المواضعة. وإن جاء بها البائع عن قربها حتّى يستبريء. وقد يقال في هذا: إنّما وجبت لأنّه أخذها من بائعها وهي فارغة من الولد، فعلبه أن

---

(1) الموطأ ج2 ص 287 ح 2166.

يردّها كما أخذها، سواء قيل: إنّ الرّدّ بالعيب كابتداء بيع أو رفع له من أصله. فمن يذهب إلى أنّه ردّ له من أصله، يقول: لو كان كابتداء بيع لوجبت الشّفعة للشّريك إذا ردّ المشتري بالعيب. فلمّا لم تجب له، دلّ على أنّ ذلك نقض للبيع من أصله، ولا شفعة للشّريك إذا لم يبع. ومن يذهب إلى أنّه كابتداء بيع الآن يقول: لو اشترى أمة بعبد فأعتق الأمَة ثمّ استحقّ العبد، فإنّ الّذي استحقّ العبد منه ليس له نقض العتق، وإنّما له قيمة الأمة المعتقة. وكذلك لو ردّها بعيب لم يكن له نقض العتق. فهذا سبب الخلاف من جهة الخبر والنّظر.

وأمّا ما حكيناه من الإختلاف في الولد، هل هو غلّة فيمسَك، وإن ردّت الأمّ كما قاله **الشّافعي**؟ أو يُرَدّ معها؟ فإنّا كنّا قدّمنا في هذا الكتاب الكلام على هذه المسألة، وذكرنا استقراء الشيخ **أبي القاسم السيوري**، رحمه الله، كون الولد غلّة من قوله في **المدوّنة** في هذا الكتاب: إنّ المشتري يجبر به عيب النّكاح. وبسطنا القول في/ ذلك بما يغني عن إعادته.

وبعض أصحابنا يشير إلى أنّ هذا الولد لا يطلق عليه في العرف اسم غلّة ولا يدخل في قوله: «الخراج بالضّمان»[1] أو قوله: «الغلّة بالضّمان»[1].

وأيضاً فإنّ حكم الولد كحكم أمه، ألا ترى أنّ ولد المكاتبة مكاتب، والمعتقة إلى أجل معتق إلى أجل، وكذلك ولد المدبّرة. وهذا يقتضي كون الولد كعضو من أعضائها. فإذا وجب ردّها، رُدّ الولد الّذي هو كعضو من أعضائها.

ولا ينقض هذا بولد المستأجرة، فإنّ من استأجر أمة لا يكون له حقّ في استخدام ولدها، لأنّه لم يملك الرّقبة، فيكون الولد تابعاً للرّقبة، وإنّما ملك المنافع، والولد ليس تبعاً للمنافع.

وأمّا سبب الإختلاف بين **الشّافعي** و**أبي حنيفة** في كون النّتاج أو الثّمر يكونان للمشتري، ولكنّهما يمنعان من الرّدّ عند **أبي حنيفة**، ولا يمنعان منه عند **الشّافعي**، فلأجل أنّ **أبا حنيفة** و**الشّافعي** قد قدّمنا عنهما أنّ من اشترى سلعة

(1) تقدم تخريجه ص 134.

واطّلع على عيب، وقد حدث عنده عيب، فإنّهما يريان أنّه لا يمكن من الرّدّ، ولو ردّ ما نقص العيب الّذي حدث عنده، خلافاً لما ذهب إليه **مالك**، رضي الله عنه، ويريان هذا فوتاً، كما يراه **مالك** في الموت والعتق، وتلف الأعضاء المقصودة من الأمة. وقدّر **أبو حنيفة** أنّ الأصل وجوب ردّ الغلّة، لما قدّمناه عنه من أنّه يرى الرّدّ بالعيب نقضاً له من أصله. وقد منع الخبر وهو قوله عليه السلام: **الخراج بالضّمان**[1] من ردّ الغلّة الّتي يجب ردّها على البائع. فصار هذا المنع بالشّرع كعيب حدث عند المشتري إذا ردّ المبيع لم يردّه على ما هو عليه، بل الاغتلال خسارة تلحق البائع.

ورأى **الشّافعي** أنّ هذا الإختلاف/ لا يقدّر أنّه كالنّقص الّذي وافق **أبا حنيفة** على أنّه يمنع من الرّدّ، فإذا كان قد ردّ الأمة على ما هي عليه، لم تتغيّر بعد أخذ ولدها. وكذلك الشّجرة لم تتغيّر بعد أن جنى المشتري ثمرتها، فإنّ ذلك لا مضرّة فيه على البائع، ولا نقص يلحقه في ردّ المبيع عليه، وقد ردّه على حسب ما أخذه، فلهذا لم يكن هذا كعيب حدث منع من الرّدّ.

والجواب عن السؤال الثّاني أنّ يقال:

قد علم أنّ هذه الغلّة تكون لها أصول حالة تكون معدومة عند العقد وعند الرّدّ. وهذه الحالة الّتي تقدّم الكلام عليها، وذكرنا حكم الولد والثّمر وغير ذلك من الاستغلال. فإذا اشترى أمة لا حمل بها فحملت عنده ووضعت الولد، فحكمه في الرّدّ ما قدّمناه عن فقهاء الأمصار. وكذلك لو اشترى غنماً لا صوف عليها فنبت صوفها وكمل وجزّه، أو كانت لا لبن فيها فاحتلبه ثم ردّها، فإنّ ذلك كلّه غلّة فلا تردّ.

وأمّا إن اشتراها وفيها ثمر قد أبر، أو على الغنم صوف قد كمل وتمّ، فإنّ في هذا قولين: ذهب **ابن القاسم**/ إلى أنّ لها حصّة من الثّمن، وتقدّر مبيعة مع أصولها. فإذا ردّ النّخل ردّ معها الثّمرة. ولو كان قد جرّها إذا كانت عينها

---

(1) تقدم تخريجه ص 444.

قائمة، وإن فاتت ردّ مثلها. ولم يوجب مع فوتها إمضاءها بحصّتها من الثّمن. كما رأى فيمن اشترى ثوبين أحدهما تبع للآخر ففات الأدنى، فإنّه إذا ردّ الأعلى بالعيب مضى الأدنى بحصّته من الثّمن ولم يلزم ردّ قيمته بدل عينه. بخلاف ما ذكره في **الموّازيّة** من أنّه يردّ قيمته بدل عينه، على حسب ما قدّمناه عن **ابن الموّاز** فيمن ردّ شاة بعيب وقد جزّ صوفها وفات، فإنّه يردّ وزنه أو قيمته إن لم يعرف وزنه. وإنّما خالف **ابن القاسم** أصله في هذا لما أشرنا إليه من كون الثّمرة إذا بيعت قبل الزهو على التبقية حرم ذلك وفسد العقد، ولو أمضاها بحصّتها كما فعل في الثّوب الأدنى إذا فات، لأمكن أنّ يكونا متعاقدين تواطآ على بيع الثّمر خاصة قبل زهوه بشرط التبقية، وأظهرا إضافة بيع الشّجرة إليها ليردّ بالعيب إذا حصّلا غرضهما من بيع الثّمر قبل الزّهوّ بشرط التّبقيَة. وأجرى ذلك مجرى بياعات الآجال الّتي ظاهرها حلال وباطنها ربّما تصوّر فيه معاقدة على الحرام.

واستبعد بعض أشياخنا التّهمة في مثل هذا لأجل كون الرّدّ بالعيب سببه من جهة أحد المتعاقدين.

وظاهر المذهب أنّهما لا يتّهمان إلاّ فيما دخلا فيه مدخلاً واحداً. وبياعات الآجال دخلا فيها مدخلاً واحداً أوّلاً وآخراً. ألا ترى أنّه قال في التّفليس: إذا اشترى نخلاً قد أبرت ثمرتها واشترطها المشتري وجدّها وفاتت، إنّما تمضي بحصّتها من الثّمن. كما قال في الثّوب الأدنى إذا فات لما بعدت التّهمة عنده، في أن يتواطآ على أنّ يبيع الثّمرة مفردة بشرط التبقية، لعلّ المشتري أن يفلس فيمضي البيع فيها بحصّتها من الثّمن إذا شاء.

وذهب **أشهب** إلى أنّه لا حصّة لها من الثّمن، فإذا فاتت وقد اشتراها وهي مؤبّرة، فإنّه إذا ردّ النّخيل بالعيب، استرجع جميع الثّمن. وكذلك إذا اشترى الصوف وقد تمّ، فإنّه إذا جزّه كان غلّة للمشتري فارتجع جميع الثّمن. وكأن **ابن القاسم** قدّر أنّ الثّمرة إذا كانت مؤبّرة يرغب فيها ويشحّ عليها. فلهذا لم تكن مع إطلاق العقد للمشتري على ما ورد الحديث به. وقدّر **أشهب** أنّها في حكم التّبع، ولا حصة للأتباع من الثّمن، ولهذا منع بيعها بشرط التّبقية إذا بيعت

مفردة، وإذا بيعت مع شجرها/ جاز ذلك لكونها تبعاً، فلو كان لها حصّة من الثّمن، لم يجز ذلك. ولو كانت بيعت تبعاً لأصولها كما يجوز بيعها مفردة.

والمعتبر في هذا الالتفات إلى العوائد، هل جرت بأنّها مقصودة لها حصّة من الثّمن أو في حكم المطروح الّذي لا حصّة له من الثّمن؟

ولو كان في الشّاة لبن حين العقد فاحتلبه ثمّ ردّها بالعيب،/ لم يردّه. قال: لأنّ أمره خفيف. فأشار إلى ما قلناه وأنّه هو المعتبر عنده. ففرّق بين الصوف إذا تمّ، واللّبن. وسنتكلّم على هذا إذا تكلّمنا على حكم المصرّاة، إن شاء الله تعالى. وقد ذكر في **الموّازيّة** عن **أشهب** ما يقتضي كون الثّمرة وإن لم تؤبّر لها حصّة من الثّمن. وهذا نقيض ما حكيناه عنه من كونها لا حصّة لها من الثّمن وإن كانت مأبورة. والمعروف من مذهبه ومذهب أصحاب **مالك** كونها لا حصّة لها من الثّمن إذا كانت لم تؤبّر حين العقد.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: إذا اشترى الشّجر ولا ثمر فيها فأثمرت عنده فردّ الشّجر بالعيب وقد جدّت الثّمرة، فإنّها تكون غلّة في الرّدّ بالعيب، وفي أربع مسائل أخرى، منها ردّها في التّفليس، وفي الأخذ بالشّفعة، وفي الإستحقاق وفي البيع الفاسد.

فأمّا إن لم تفارق الثّمرة أصولها فإنّ الحكم في هذه الخمس مسائل مختلف.

فالمشهور في المذهب أنّها لا تردّ أصولها إذا أزهت، وإن لم تجد ولم تيبس، في الرّدّ بالعيب وفي البيع الفاسد.

وأمّا الشّفعة والإستحقاق فيردّ، وإن أزهت ما لم تيبس. فإذا يبست، لم يجب ردّها وإن كان لم يجدّها.

وفي التّفليس تردّ ولو يبست ما لم يجدها.

وقد اختلف في هذه المسائل، وقيل: إنّ الإبار فوت فيها، ولا تردّ إذا أبرت، كما لا تردّ إذا جدّت.

وكان أشياخي، رحمهم الله، يرون أنّه لا يتحقّق فرق يقتضي اختلاف هذه الأجوبة في الخمس مسائل. وأنّه يضاف إلى المذهب أنّ الفوت في جميعها الزّهو كما قيل في الرّدّ بالعيب والبيع الفاسد. ويقال في جميعها: إنّما الفوت اليبس كما قيل في الشّفعة والإستحقاق. ويقال في جميعها إنّما لفوت جدّها، كما قيل في التّفليس. وأمّا الإبار فمذهب انفرد وقع في المذهب من غير تخريج.

ومدار هذا الإختلاف اعتبار انطلاق هذه التّسمية عليها، وهي كونها غلّة، هل بالإبار، لكون الخبر الوارد اقتضى الإشارة إلى أنّ الثّمرة تكون مقصودة، ولهذا لم تخرج عن ملك البائع إلاّ باشتراط. وكذلك يجب أن تكون للمشتري إذا ردّ بالعيب. أو يقال إنّما المقصود طيبها وزهوّها، فحينئذٍ تباع تبعاً عامّاً وتؤكل تفكهاً. فإذا صارت إلى هذه الحالة تحقّق كونها غلّة. أو يقال: إنّها لا تدّخر إلاّ إذا يبست، ولا تتّخذ قوتاً إلاّ حينئذٍ، فلا تكون غلّة إلاّ باليبس. أو يقال: ما دامت لم تفارق الشّجر، فكأنّها جزء منها يجب ردّها معها، كسائر أجزاء الشّجر.

وإذا قلت إنّ الرّدّ بالعيب كابتداء بيع اقتضى أنّها لا تردّ إذا أبرت لكون الّذي يردّها كبائع لها. وكذلك إذا سلكنا هذه الطّريقة في الشّفعة/ والإستحقاق، لا يتصوّر فيه هذا. وكذلك البيع الفاسد فهذه النّكتة المعتبرة في هذا الفصل وهو الوقت الّذي تكون فيه غلّة.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال: أمّا ضمان المشتري لهذه الغلّة إذا وجب عليه ردّها، فإنّه ساقط إذا لم يجدها وكان هلاكها في شجرها/ بأمر من الله سبحانه، فإنّه إذا اشتراها، وهي مأبورة، فاشترط الثّمرة أنّه يجب ردّها عند **ابن القاسم**، وإن جدها لكونها عنده لها حصّة من الثّمن، على حسب ما قدّمناه. ومقتضى هذا أنّ يكون المشتري ضامناً لها، لكونها مبيعة فاتت في يد مشتريها بأمر من الله تعالى، وهو لم يجدّها يقتضي ألأ حصّة لها من الثّمن. خلاف ما

حيكناه عنه من قوله: إنّه يجب عليه ردّها إذا فاتت لكونها لها حصّة من الثّمن، خلافاً لما ذهب إليه **أشهب**. واعتذر بعضهم عن هذا بأنّه إنّما لم يضمنها لكونها غير مقبوضة للمشتري. ولهذا منع أن يشتري النّخل المؤبّرة بطعام تكون الثّمرة يتأخّر قبضها، ولا يجوز التّأخير في بيع الطّعام بالطّعام. وعورض هذا الاعتذار بأنّ هذا يقتضي أنّ يرجع المشتري على البائع بثمنها لكونه ضامناً لها، ولو هلكت هذه الثّمرة بأمر من الله سبحانه بعد أن جدها البائع لضمنها لكونه قد حصل فيها القبض عن البائع.

وعورض هذا أيضاً بأنّها إذا كان لا حصّة لها من الثّمن، لم يعد ضمان المشتري لها، بل يقضَى له بارتجاع جميع الثّمن إذا ردّ الشّجر.

وقد قال بعض المتأخّرين: لو اشتراها بعد أنّ أزهت لضمنها، وإنّ لم تفارق الشّجر إذا هلكت بأمر من الله تعالى. يتبيّن وجهه إذا تكلّمنا على أحكام الجوائح في الثّمار.

وكذلك مال العبد إذا اشترطه المشتري، فإنّه إذا ردّه بالعيب، ردّ معه ماله ولو اكتسبه العبد من غير خراجه. ولو هلك وهو بيد العبد لم يضمنه المشتري بل يقضي له بارتجاع جميع الثّمن. ولو هلك هذا المال بعد انتزاعه لضمنه المشتري لأجل انتزاعه له واستبداده بملكه. وقد كان حصوله على جهة المعاوضة.

وهذا أيضاً يلتفت فيه إلى ما قلناه من كون مال العبد، وإنّ اشترط، لا حصّة له من الثّمن. ولهذا جاز اشتراطه. وإن كان المال مجهولاً وإن كان فيه عبد أبق لمّا لم يقدّر أنّ في الثّمن الّذي بذله المشتري معاوضة على هذا العبد الآبق الّذي في جملة مال العبد. وإن كان قد وقع في **الموّازيّة لمالك**: إذا كان في مال العبد جارية حامل، فإنّ البيع جائز. وإن كان ولدها إذا وضع يبقى للبائع، ولا يدخل في الاشتراط. لأنّ المشتري إنّما اشترط ما يملك العبد وولده ليس بملك له. ووقف/ **ابن الموّاز** في هذا السؤال. ولعلّه يفرّق بينه وبين جواز اشتراط ماله وإن كان فيه آبق. لأنّ الآبق الظّاهر عدمه، فلا يقصد إلى بذل ثمنٍ

فيه. وهذه الجارية الحامل معينة ولها حصّة من الثّمن، ولا يجوز بيع أمة استثنى البائع جنينها. مع كون هذا العقد انعقد على تفرقة أم وولدها في الملك. وهكذا ذكر ابن الموّاز أنّه لو كان في مال العبد جارية رهنها سيّده، فإنّه يجوز هذا البيع. وإن كانت هذه الجارية لا تقبض إلاّ إلى أجل، وهو حين افتكاك السيّد الّذي رهنها لها. فإذا افتكّها عادت لعبده. ولا يجوز بيع جارية معيّنة تقبض إلى أجل. ولعلّنا أن نبسط هذا في كلامنا على حكم مال العبد، وكونه مالكاً له أو غير مالك.

قال القاضي أبو محمّد رحمه الله: والعيوب الموجبة للرّدّ هي ما أثّرت نقصاً في المبيع أو في الثّمن أو في التّصرّف أو خوفاً في العاقبة.

ومن ذلك نقصان الأعضاء، كالعمى والعَوَر والقطع والضَّلَع والزّمانة والخصى والإفضاء، ونقصان الأحكام كالجنون والجذام والبرص والعسر والزّعر وبياض الشّعر والإباق والزّنى والسرق والبخر، والزّوج والولد في العبد/ والأمة[1] والحمل والدّين.

ومن هذه العيوب ما يعمّ، ومنها ما يخصّ الرّائعة المرتفعة[2] المتّخذة للوطء، وذلك بحسب ما يعلم في العادة.

وزواله بعد الرّدّ مسقط للرّدّ، إلاّ أن يكون ممّا تبقى علاقته كالزّوجة والزّوج والإستدانة في سفه، وما أشبه ذلك أو[3] ممّا لا يؤمن عوده.

قال الإمام رحمه الله يتعلّق بهذا الفصل خمسة أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ بِمَ يستدلّ على كون النّقص عيباً على الجملة؟

2 ـ وما تفصيل القول فيه في الحيوان من جهة نقص من ناحية الجبلّة ومن ناحية الأحوال؟

---

(1) في غ: والزوج والولد عيبٌ في العبد والأمة.

(2) ساقطة في غ، والغاني.

(3) (أو) ساقطة في النّسختين، ثابتة في غ والغاني.

3 ـ وما تفصيل العيوب في غير الحيوان؟

4 ـ وما حكم ما لا يعلم عيبه إلاّ بعد نقض هيئته؟

5 ـ وما حكم عيب لا يثبت إلاّ بالشّرط.

فالجواب عن السؤال أنّ يقال: أشار القاضي **أبو محمّد** في هذا الكتاب إلى طرق الإستدلال على حقائق العيب وذكر ما حيكناه. ولكن قد يتداخل ما نوّعه لأنّه ذكر نقص المبيع، وهو إذا انتقصَ في نفسه انتقصَ ثمنه. وكذلك نقصه التّصرّف أو من تخوّف العاقبة. كلّ ذلك يرجع إلى نقص في الثّمن.

وهذه الحقيقة الّتي يعوّل عليها المحقّقون من أهل المذهب. فكلّ ما نقّص من ثمن المبيع إذا اطّلع عليه حين العقد، فإنّه إذا خفي من المشتري، حين العقد، كان له القيام به. لأنّا لو فرضنا أنّه يشتري عبداً فوجده قد قطعت أنملته، ولم يعلم بذلك، فإنّ الأنملة جزء من أجزائه يقابل مقدارها من أجزاء الثّمن. وهو لم يأخذ عوض هذا الجزء من الثّمن، فكان له في هذا المقدار الّذي دفعه ولم يأخذ عوضه مقال. وهذا واضح ولا يلتفت فيه إلى تنويع النّقص/ وتعداده من أيّ جهة كان. لكن إنّما يشكل هاهنا لو اطّلع في المبيع على وصف يكرهه النّاس، ولكن لا يحطّون من الثّمن لأجله شيئاً لو علموه، حين العقد، فإنّ هذا قد قال في **المدوّنة** في كتاب كراء الدّور والأرضين، في ثوب وجد فيه عيب خفيف لا يُنقص من الثّمن، فإنّه لا يردّ به، وإن اعتقد كونه عيباً، كعبد يباع وبه عيب خفيف، كالكيّ اليسير الّذي لا يحطّ من الثّمن، فإنّه لا يردّ به العيب، وإن كان عند النّخاسين عيباً. وقال **ابن الموّاز**: كلّ ما يكرهه النّاس فهو عيب، إذا اطّلع عليه، يوجب الرّدّ. فأطلق هذا من غير اعتبار بكون هذا الّذي ذكره ينقص من الثّمن.

فظاهر هذا أنّ المسألة على قولين إن لم يحمل قول **ابن الموّاز** على ما يكرهه النّاس، فإنّه ينقص من الثّمن، ويكون ذكره كراهيّة النّاس له تغنيه عن ذكر كونه ناقصاً للثّمن، لأنّ الغالب فيما يكرهه النّاس أنّه ينقص من الثّمن، لا سيما

إذا علم أنّه يثني عزيمة المشتري عن الشّراء أنْ لو اطّلع عليه عند العقد. ويكاد ألاّ يتصوّر هذا[1] في صور نادرة. فلو قلنا: إنّ من اشترى مقطعاً قد تهتّكت حواشيه، وهو يعلم أنّه لا ينتفع به إلاّ إذا فصل، وحواشيه تخرج في التّفصيل وتطرح. فهذا قد يستثقل وتضعف العزيمة، ولكنّه قد لا يحطّ من الثّمن شيئاً. أو ما اشتراه من المسائل الّتي يحكي فيها خلافاً. ويشير إلى تعلّقه بهذا الأصل.

لكن لو كان هذا الّذي ذكره من حال المبيع لا يعلم بل يكرهه قوم دون قوم. فإنّ من يعلم أنّه من الصنف الّذي يكرهونه ولهم غرض في ترك شرائه، ويقفون عنه، وينقصون من ثمنه لو اطّلعوا على حالته الآن حين العقد، يكون لهم الرّدّ. وأمّا من يعلم أنّه لا يكره هذه الحالة من المبيع، بل له غرض فيها، فإنّه لا مقال له.

وهكذا كان بعض أشياخي يرى فيمن اشترى/ عبداً فاطّلع على أنّه صقلبيّ أو اشترى جارية فاطّلع على أنّها مغنيّة، وهو ممّن لا يرغب في صقلبيّ ولا مغنية، فإنّ له الرّدّ بذلك، لكون الصقلبيّ يضعف عن العمل، والمغنيّة لا تستخدم. فإن كان ممن يرغب في ذلك، فلا يكون في حقّه عيباً يوجب الرّدّ.

وإنّما يبقى النّظر عندي في هذه أنّ من اشتراها وهو من قوم يرغبون في ذلك، قد يقول: قد احتاج إلى بيعها فلا يشتريها منّي القوم الّذي لا يرغبون فيها، ويشتريها من يرغب فيها فيقف عنها أيضاً من لا يرغب فيها.

وقد ذكر **أبو حامد الاسفراييني** إختلافاً عندهم فيمن اشترى جارية ثيّباً فإذا هي بكرٌ، أو اشترى جارية جَعْدة الشّعر فإذا هي سَبْطة الشّعر. فذكر عن بعض أصحاب **الشّافعي** أنّه يذهب إلى أنّ له الرّدّ إن اطّلع على أنّ الحال أفضل من الحال الّتي دخل عليها. قال **أبو حامد**: وهذا غلط لأنّه يقدر على أنّ يبيعها بأكثر من/ الثّمن الّذي اشتراها به، فأنت تراه كيف أشار إلى تمكّن المشتري من البيع بغير خسارة. وهذا هو المعتبر في حقائق العيوب.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إلاّ في صور. . .

والجواب عن السؤال الثّاني أنّ يقال: أمّا النّقص في الرّقيق من ناحية الخلق، فإنّ العمى والعور والصُّفرة في العين والبياض عيوب توجب الرّدّ.

وكذلك الصمم والبكم ما لم يكن صغيراً لا يتبيّن بكمه.

وأمّا سقوط الأسنان فإنّ المذهب اتّفق على سقوط ضرسين عيب يوجب الرّدّ، سواء كان ذلك في عليّ الرّقيق أو وخشه، لأنّ ذلك يمنع من مضغ الغليظ، وتكسير الصّلب، وسرعة الأكل. وأمّا ضرس واحد فعيب في العلِيّة، وليس بعيب في الوخش، إلاّ أن يكون في مقدم الفم، فإنّه يقبّح منظرته. وهذا الّذي حكيناه، من اتّفاق أو اختلاف، المعتمد فيه على ما قدّمناه من اعتبار كون ذلك ينقص من الثّمن أو لا ينقص منه، ولكنّه يكره.

وأمّا الحمل فعيب في العليات. وأمّا الوخش من الخدم فاختلف قول مالك فيه، فروى عنه **ابن القاسم** أنّ ذلك عيب، وروى عنه **أشهب** أنّه ليس بعيب. وقال الشّيخ **أبو بكر ابن عبد الرّحمان:** محمل هذا عندي على أنّ هذه الحامل من العجم اللاّئي جلبن، وأمّا لو كانت من الخدم المقيمات بالبلد لكان عيباً، لأنّ هذا الحمل لا يخلو أنْ يكون عن زنى أو عن تزويج، وزنى الأمة عيب يوجب ردّها، وكذلك كونها ذات زوج.

وهذا الّذي قاله صحيح. وإنّما يبقى النّظر فيه إذا كان من زوج ولكنّ الزّوج طلّق أو مات، فإنّ طلاقه لا يرفع العيب. وأمّا موت الزّوج ففي كونه رافعاً للعيب اختلاف سنذكره.

وأمّا كون الأمة زلاّء صغيرة الكفل والرّدف، فإنّه ذكر في **المدوّنة** أنّه ليس بعيب. واختلف في تعليل ذلك. فأشار **ابن حبيب** إلى أنّ العلّة في ذلك كونه لا يخفى. وطعن في هذا بعض المتأخّرين بأنّ هذا التّأويل لا يليق بما قاله في **المدوّنة**، لأنّه قال: ليس هذا بعيب. ولو كان إنّما عوّل على أنّه لا يخفى، لكان الجواب أنّ يقول: لا قيام له به، ولم يُجب بأن يقول هذا ليس بعيب. وتأوّله كثير من المتأخّرين على أنّ المراد به أنّ هذا النّقص ليس بفاحش ولا خارج عن

العادة. ولو كان نقصاً خارجاً عن العادة لوجب الرّدّ. وفي كتاب **ابن الموّاز** إشارة إلى هذا التّعليل. وذكر أيضاً أنّ المشتري إذا اطّلع على أنّها صغيرة الصّدر، فإنّه لا ردّ له إلاّ أنّ يكون فاحشاً. وهذا الّذي أشار إليه يعضد تأويل هؤلاء الّذين تأوّلوا مثل هذا في أرداف الأمة وصغرها.

وأمّا وجود الشّيب في شعر الرّائعة وهو كثير، فإنّه عيب بغير خلاف. وأمّا القليل من/ الشّيب فظاهر الأمر أنّ المذهب على قولين، أحدهما: وجوب الرّدّ بالشّيب في الجارية العلية/ قولاً مطلقاً من غير تقييد. والقول الثّاني: اشتراط كون الشّيب كثيراً. وهذا أيضاً إنّما يعتبر فيه ما قدّمناه من كون هذا ينقص من الثّمن. والوخش ليس الشّيب بعيب فيهنّ، إذ لم ينقص من الثّمن.

وأمّا كون الجارية مستحاضة، فإنّه عيب في العلي والوَخْش لكونه يضعف البدن ويسقم، وربّما أدّى لاجتناب الأمة إذا كانت للوطء.

وأمّا ارتفاع الدّم، والجارية في سنّ من تحيض، فإنّ **ابن حبيب** ذكر أنّ الإستحاضة إذا كانت تعرض للأمة بعد مدّة، فإنّ على البائع أنّ يبيّن ذلك. فإن لم يبيّنه، كان للمشتري أن يردّ. وأمّا ارتفاع الدّم مرّة بعد مرّة فلا على البائع بيانه.

واعتذر بعض المتأخّرين عمّا ذكره، في **المدوّنة** ممّا ظاهره اختلاف الجواب في تأخيره شهرين بأنّ قال في أحد اللّفظين: تأخير الحيض في استبرائها، والمراد به تأخّره بعد انقضاء مدّة الإستبراء. وقال في اللّفظ الآخر: تأخّر شهرين من يوم الشّراء، فشهر من تاريخ مدّة الشّراء هو أمر الإستبراء المنتظر، والشّهر الثّاني هو الزّائد على المعتاد. وقد ذكر في كتاب **ابن الموّاز** ما ظاهره الاضطراب في التّحديد في الشّهر وفي أكثر منه وذكر أنّ الطّول أربعة أشهر. وذكر أيضاً أنّه إذا مضى ثلاثة أشهر نظر إليها القوابل، فإنّ قلن لا حمل بها ساغ للمشتري وطؤها، وإن شاء استمك بها. وإن تمادى تأخر الدم، كان له الرّدّ لما يلحقه من الضّرر إذا أراد البيع. وذكر **ابن شعبان** عن **مالك** و**المغيرة**

وابن **دينار** أنّه إذا مضى خمسة وأربعون يوماً مكّن البائع من الفسخ، إن أراده، لما يلحقه من الضّرر في الانتظار. ومدار هذا كلّه على ما أشار إليه في **المدوّنة** من اعتبار حصول الضّرر. فإنّه إذا حصل، كان للمشتري مقال في فسخ البيع لأنّه لم يشتر إلاّ ما ينفعه لا ما يضرّه.

وممّا يعدّ عيباً أيضاً من ناحية الفرج هو أنّ يكون العبد والأمة يبولان في الفراش. فإنّه إذا كان ذلك، وهما من الصّغر بحيث لا يستنكر ذلك فيهما، فلا مقال للمشتري. وإن بلغا السنّ الّذي يستنكر ذلك فيه، ويثبت أنّ ذلك كان عند البائع قبل عقد البيع، فللمشتري الرّدّ. وإن لم يثبت ذلك، **فإنّ محمّد بن عبد الحكم**/ لم يرَ له تأثيراً لجواز أن يكون العبد أو الأمة كرها من اشتراهما فتعمدا البول في الفراش ليردّهما. والظاهر من المذهب أنّ هذا من التّجويز البعيد الّذي لا يسقط الحقوق. فذكر **ابن حبيب** أنّه ينبغي إن توقف على يد امرأة أو رجل له امرأة، فإن نظرت إلى الفراش لمّا أصبح وهو مبلول وأخبرت بذلك، فإنّه يوجب على البائع اليمين لثبوت هذا اللّطخ، وإن لم يثبت هذا اللّطخ، فلا يمين عليه. وإن كان المشتري هو المحاول إثبات هذا عند القاضي، فإنّه لا يقبل فيه إلاّ شهادة عدلين أبصرا ذلك.

وأمّا الخَنَث في الذّكرَان والفحولة في النّسوان، فإنّ في **المدوّنة** أنّ ذلك عيب يردّ به/ العبد والأمة. وشرط في الأمة أن تشتهر بذلك. لكن **ابن حبيب** فسّر هذا العيب المجمل في كتابه، فذكر أنّ **مالكاً** إنّما يجعله عيباً إذا كان الذّكر يؤتى، والأنثى فحْلَة لشرار النّساء. وأمّا التّأنيث من جهة التكسر في المعاطف والنّظر والنّطق، فإنّ هذا ليس بعيب يردّ به.

وقد حمل الشّيخ **أبو محمّد بن أبي زيد** قول **ابن حبيب** هذا على أنّه مخالف لمذهب **المدوّنة**، وأشار إلى أنّه لا يشترط في **المدوّنة** كون المخنّث يؤتى، والجارية تراضع[1] النّساء.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلّ الصواب: تباضع.

وخالفه بعض المتأخّرين في هذا التّأويل. وأشار إلى كون **ابن حبيب** مفسراً لما أجمله في **المدوّنة** لا مخالفاً فيها. وردّ الشّيخ **أبو عمران** قول **ابن حبيب** بأنّه قد اشترط في **المدوّنة** كون الأمة اشتهرت بذلك، ولو كان المراد بذلك حصول الجماع بين الذّكرين أو الأنثيين، لكان وقوع ذلك مرّة واحدة عيباً لا يحتاج فيه إلى التكرار. وإنّما قيّد في الأمة بالاشتهار لكون فحولتها لا تضعف شيئاً من أعمالها، لكن اشتهارها بهذا نقص وعيب. وقد جاء في الحديث أنها **ملعونة**[1]، فإنّه يستدلّ بخنثه في حركاته وألفاظه على ضعف قوّته وعمله. والضّعف عيب وإن لم يشتهر.

وأمّا البكارة والثّيوبة فإنّها لا يلزم البائع بيانها. ولا يردّ المشتري بالثّيوبة إذا لم تشترط في أصل العقد، إلاّ أنّ تكون الأمة في سنّ من لا تقتضي[2]، فإنّ ذلك يقوم مقام الاشتراط أيضاً، ويكون للمشتري الرّدّ بالثّيوبة. ولو قال المنادي عليها: إنّها تزعم أنّها بكر، فإنّ ذلك يقوم مقام الاشتراط لكونها بكراً، ولا يلزم البائع أنّ يبيّن أنّها ثيّب، ولا يمكّن المشتري من الرّدّ عليه إذا باع مطلقاً. وهذا عندي إنّما يتّجه إذا كانت الثّيوبة أمراً غالباً فيحمل الإطلاق عليه، ويظنّ أنّ المشتري عليه دخل. لكن ذكر في الرّواية أنّ المشتري لو قال للبائع: أبكر هي أم ثيّب؟ فقال: لا علم لي، فإنّه يصحّ البيع ولا يردّها بالثّيوبة. ولم يرَ هذا تخاطراً وعقداً[3] بيعاً على صفة مجهولة لم يُحِطْ بها المتبايعان، والثّمن/ يختلف باختلافهما. فهذا ممّا يتعقّب جواز العقد عليه إلاّ أن يعتذّر عن هذا بأنه أمر يعسر الكشف عنه وتدعو الضّرورة إلى عقد البيع عليه مع الجهالة به، فيكون في هذا نظر. ولعلّنا أن نبسطه في الكلام على العيوب الباطنة، كعيب الخشب، وشبهها.

وأمّا العَسَر وهو الّذي لا يعمل إلاّ بيساره، فإنّه عيب. وأمّا الأضْبط وهو الّذي يعمل بكلتا يديه، فإنّه ليس بعيب إلاّ أن يُنتَقَصَ عمل اليمين منه عن

---

(1) فتح الباري ح15 ص173.
(2) هكذا في النّسختين: ولعل الصواب: تفتض.
(3) هكذا في النّسختين، ولعلّ الصواب حذف: عقدا.

المعتاد لأجل مشاركة الشّمال لها في القوّة، فيكون ذلك عيباً. هكذا وقع في الرّواية، ولم يلتفت فيها إلى جبران نقص اليمين بقوّة اليسرى، ولا جبر هذا بهذا. هذا القول في تفصيل النّقص والعيب من ناحية الجبلّة والطّبيعة.

وأمّا من ناحية الأحوال، فإنّ الأمة والعبد إذا اطّلع على كونهما سرقا أو شربا الخمر، فإنّ ذلك عيب يوجد الرّدّ للمشتري إذا طلبه.

وأمّا الاطّلاع على أنّ الأمة زنت، فإنّه عيب أيضاً يوجب الرّدّ.

وأمّا الاطّلاع على كون العبد قد زنى، فعندنا أنّه عيب فيه. «وخالف في ذلك الشّافعي ورأى أنّ هذا لا يؤثّر في ثمن العبد، ويؤثّر في ثمن الأمة وفي الغرض منها لكونها قد تقبّل وتضاجع. وأجيب عن هذا بأنّ العبد قد يناجيه سيّده، ويضطّر إلى ذلك، فيتأذّى من رائحته فيحطّ ذلك ثمنه[1]».

وكذلك الزّوح عندنا للأمة والزّوجة للعبد عيب لا سيما في الأمة مع كون ذلك يمنع مشتريها من الاستمتاع. وبهذا ردّ أصحابنا على الشّافعي/ إنكاره كون ذلك عيباً فيها. ولو وقع الطّلاق قبل أن يقوم المشتري بهذا العيب ما ارتفع حكم العيب لكون العبد أو الأمة يتوقّع حنين كلّ واحد منهما إلى من كانت بينه وبين زوجته ومن كان سكناً له وصار بينهما مودّة ورحمة. والعيب إذا زال وتتوقّع عودته، فإنّه كما لم يزل. لكن لو مات أحد الزّوجين، لكان في ارتفاع العيب قولان. أحدهما لا يرتفع قياساً على الطّلاق بفساد الطّبع كالألفة للزّوجة، فيعسر استقامة العبد أو الأمة من فقد ذلك. والقول الآخر أنّ العيب يرتفع لأنّ الموت يوجب الإياس من حنين بعضهما إلى بعض.

وقد وقع في الرّواية فيمن اشترى أمة وهي في عدّة من طلاق لم يعلم به حتّى انقضت العدّة، فإنّه عيب قد ارتفع بانقضائها. ومحمل هذا على أنّه علم بالزّوجيّة والطّلاق وظنّ أنّ العدّة قد فرغت، ولو كان يعلم[2] بالزّوجيّة، لم

---

(1) يظهر أن في الكلام نقصاً إذ ما بين القوسين متعلق بالبخر وليس بالزنى.

(2) هكذا ولعل الصواب لم يعلم.

يرتفع العيب كما بيّناه، وذكر في الطّلاق أنّه لا يرفع العيب. وقد يقال هذا أيضاً على أنّه لو اطّلع على ذلك وهي في أوّل العدّة، فيطول انتظاره لتحليلها له. وأمّا لو كان بعد شهر وبقي من العدّة شهر آخر وهو مقدار استبرائها/ بحكم الشّراء، فإنّه لا مقال له.

وأمّا وجود أقارب قريبة جدّاً كالوالدين والبنين، فإنّ ذلك عيب يردّ به المشتري إذا لم يعلم به حين العقد، لكون هذه القرابة القريبة تستدعي الألفة والانقطاع للآباء والبنين وإسعافهم ولو بما في يد العبد أو الأمة من قوت وذلك يضرّ بسيّده.

وأمّا إن كانت القرابة بعيدة كالعمومة وبنيها، فإنّ ذلك ليس بعيب لفقد العلّة الّتي أشرنا إليها في هذا. هكذا وقع في الرّواية، وينبغي أنّ يرجع فيه إلى العادة في أمثالهم.

وأمّا الأجداد فلم يلحقوا إلاّ[1] بالآباء. لكن بعض المتأخّرين مال إلى أنّ الجدّة للأمّ في حنين ولد ابنتها إليها، فقد يفسده، وفي ذلك على سيّده ضرر.

ولو مات أحد من هذه القرابة القريبة قبل الرّدّ بالعيب لارتفع القيام به.

وأمّا إنّ وجد في أباء الأمة أو العبد مجذوماً، فإنّه عيب يوجب الرّدّ لكونه تبقى غائلته في النّسل. وقد يكون الجذام من فساد في النّطف فيعدي ذلك في النّسل.

وأمّا الجنون فيردّ به العبد والأمة، وإن كان أحد من الآباء، وذلك لفساد في الطّباع بأن يكون حكمه حكم الجذام إذا وجد بأحد الآباء. وأمّا إن كان من مسّ الجنّ، فإنّ ذلك لا يخشى منه على النّسل.

وأمّا إن كانت الأمة أو العبد أولاد زنى، ذكراً أو أنثى، من العلية، يرد بذلك لكونه نقصاً فيهم. واختلف في الوخش هل ذلك عيب فيهم أم لا؟ وأمّا إن وجد أحد آبائه أسود، فإنّه ليس بعيب في الوخش. واختلف في العليّة هل هو عيب لما يتوقّع من خروج الولد أسود. وقد أشار عليه السلام في الحديث إلى هذا المعنى،

---

(1) هكذا ولعل الصواب حَذف إلاّ.

فقال: لعلّ عرقاً نزعه[1]. أو ليس بعيب لكون ذلك ممّا لا ينقص من الثّمن.

وأمّا إن وجد العبد أغلف والأمة غير مخفوضة، فإن كان ذلك في رقيق العجم المجلوب، ولم تطل إقامته عندنا، فإنّ ذلك ليس بعيب لكون المشتري على ذلك دخل، وإن كانوا ممّن طالت إقامتهم عندنا، أو ولدوا عند المسلمين، فاختلف فيه هل هو عيب أم لا في الوخش؟ وأمّا العلي هو عيب فيه.

ولو ثبت أنّ الأمة ادّعت على سيّدها أنّه أولدها وأنّها حرّة، فإنّ ذلك عيب/ ، للمشتري أن يردّ المبيع لأجله. لكون ذكرها لهذا ممّا يشكّك في وطئها وغشيانها واستباحتها.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: أمّا العيوب فيما سوى الحيوان، فإنّه إمّا أن يكون داراً أو ثياباً أو ما في معناهما من السلع. فأمّا إن كان في دار، فإنّه قال في **المدوّنة**، فيمن اشترى داراً فوجد بحائط منها صدعاً إنّه إن كان يخاف على الدّار أن تنهدم بسببه كان له الرّدّ به، وإن كان لا يخاف ذلك، فلا ردّ له. ووقف في الجواب عن[2] هذا. لكن **ابن الموّاز** ذكر أنّه لا يردّ/ به، ولكن يرجع بقيمة العيب إذا كان يسيرا. قال: وكذلك في كلّ عيب. وهذا الّذي ذكره **ابن الموّاز** هو الظّاهر المراد بما أطلقه **في المدوّنة**. .

لكن ذكر في كتاب القسم من **المدوّنة** أنّ أحد الشّريكين إذا اطّلع فيما صار له بالأقسام في الرّبع على عيب يسير، فإنّه يقضى له بقيمته.

وقد أكثر المتأخّرون القول في الفرق بين الدّيار وما سواها من المبيعات الّتي كان الحكم فيها أنّه لا يقضى له بقيمة العيب مع القيام يسيراً كان أو كثيراً، وإنّما يقضى بالرّدّ أو الإمساك. فقيل: لمّا كانت الدّيار المراد بها القنية والسكنى لا الإدارات والتّجارة لم يؤثر العيب اليسير في عينها تأثيراً يوجب الرّدّ. لكن يوجب ردّ ما نقص من الثّمن لئلاّ يكون البائع أمسك جزءاً من الثّمن من غير أن

---

(1) فتح الباري ح15 ص 191.
(2) في المدنية: هل، وكلا النسختين لا يؤدي ما فيهما المعنى، ولعل الصواب: عند.

يدفع عوضه.

وقُدِح في هذا بأنّ هذا التّعليل يقضي بأن لا يأخذ قيمة العيب، وقد أشرنا نحن إلى الإعتذار عن هذا الإلزام.

وقيل: إنّما الفرق أنّ الدّيار لا يحاط بعيوبها اليسيرة، فصار ذلك عذراً في المنع من ردّها.

وقد قدح في هذا أيضاً بأنّ الرّقيق يكتم عيبه حتّى لا يكاد يحاط به، ثمّ مع هذا لم يمنع هذا من ردّه.

وقيل أيضاً: الفرق أنّ الدّيار لا يكاد تخلو من عيب يسير. فلو قضى بالرّدّ لأجل العيب اليسير مع كونها لا تنفكّ عنه، لكان في ذلك ضرر بالمتبايعين.

وقدح في هذا أيضاً بأنّه يقضي بأن لا يرجع بقيمة العيب. وهذا أيضاً يجاب عنه بمثل ما قدّمنا من الإشارة إليه.

وقيل أيضاً: الفرق أنّ الدّيار لا تباع في الأسواق غالباً ويعرض فيها، كما يعرض سائر السلع، فلو قضينا فيها بالرّدّ بعيب يسير، لأضرّ ذلك بالبائع لكونه لا يجد بيعها كما يبيع السلع الّتي لا يطول السوق بها، ويضرّ ذلك بالمشتري لكونه لا يتأتّى له شراء مثلها على الفور.

وقيلّ إنّ العيب اليسير منها يجري مجرى استحقاق اليسير منها لكونها ذات أجزاء، والدّار إذا استحقّ منها الثّلث فأكثر، وجب ردّها، وإن كان أقلّ من ذلك، لم يجب للمشتري ردّ ما لم يستحقّ.

وهذا أيضاً يقدح فيه بأنّ العيب اليسير فيها قد يسري إلى بقيّتها، بخلاف استحقاق ثوب من ثياب كثيرة. على أنّ بعضهم لم يعتبر في الاستحقاق الثّلث، وإنّما اعتبر ما يضرّ.

ووكّد قياسهما على الاستحقاق قوم آخرون بأن أحد جدرانها الأربع الجنوب والشمال والغربي والشّرقي لو استحقّ، لم يكن به للمشتري مقال. وكذلك ينبغي أن يكون العيب اليسير. وهذا أيضاً ممّا لا يستقلّ بنفسه. بل

يعارض بما في استحقاق أحد جدرانها الأربع. وإن سلم ذلك فلكون المشتري لا يلتفت إليه ولا يعرج عليه.

وقيل أيضاً: إنّما الفرق كون الدّار يصلح عيبها بأن توقع[1] حتّى تعود كما كانت أوّلاً قبل أن تفسد، فصار العيب يقدَر على/ رفعه، فلم يوجب الرّدّ، ولكن أوجب القيمة، لأنّ العيب/ لا يرفع إلاّ بخسارة. وألزم على هذا أن يكون الثّوب لا يردّ بالعيب لكون الرتق يرفع فساده كما يرفع التّرقيع لِمَا انثلم من الدّار فسادها. فقد صار إلى هذا بعض المتأخّرين ورأى أنّ المقاطع لا ترد بالعيب اليسر. وهذا الّذي ذهب إليه هذا خلاف أصول المذهب وقواعده.

فأنت ترى ما ذكروه من هذه الفروق السّتّة وما قدح به فيها. والنّكتة الّتي يحوم عليها الجميع اعتبار الضّرر بالعيب وحصوله، والنّظر في مقداره فيما يخفّ ويكثر.

وقد ذهب بعض الأندلسيين إلى أنّها تردّ بالعيب اليسير كما تردّ سائر السلع. ورأى أنْ لا فرق بين الدّيار والعروض في التّمكين من ردّها بالعيب اليسير. وهذا هو مقتضى القياس والظّواهر. وإنّما سلك الآخرون ذلك لما أشرنا إليه من اختلاف أحوال المبيعات في حكم الضّرر بالعيب ومقداره.

وإذا تقرّر أنّها لا تردّ بالعيب اليسير، فما مقدار هذا اليسير؟ قال بعض الأشياخ هو ما كان لا يأتي على معظم الثّمن. فإذا أتى على معظم الثّمن، كان ذلك عيباً كثيراً يوجب الرّدّ. وقال بعضم: اليسير فيه ما نقص عن الثّلث. وأشار بعضهم إلى اعتبار كون العيب شاملاً لسائر الدّار من جهة التّأثير والقصد كبطلان بئرها بطلاناً لا ينصلح، أو ما جلها، أو سقوفها أو قناتها. ورأى أنّ ما كان كذلك يوجب الرّدّ لأنّه كعيب استولى على الكلّ.

والجواب عن السؤال الرّابع أنّ يقال: أمّا ما لا يمكن الإطّلاع على باطنه إلاّ بعد نقض هيئته، كخشب اشتريت فنُشِرت، فوجد باطنها عفِناً أو مسوّساً. أو جوزاً وقثّاء وشبه ذلك، فكسر فوجد باطنها فاسداً. أو جلوداً لم يظهر ما فيها

---

(1) هكذا ولعل الصواب تُرَقَّع.

إلاّ بعد دبغ أو قطع، فإنّ عن **مالك** في تمكين المشتري من الرّدّ بهذا العيب روايتان. وكذلك **للشّافعي** في ذلك قولان. وبإثبات الرّدّ قال **أبو حنيفة**. والمشهور عن **مالك** وأصحابه ألاّ ردّ بهذا العيب. لكن حكى القرويون عنه روايتين. وكذلك قال **الأبهري**: إنّ المدنيين من أصحاب **مالك** رووا عنه إثبات الرّدّ بهذا العيب، منهم **المغيرة** وغيره. وذكر **ابن حبيب** أنّ هذا إنّما يمنع به الرّدّ إذا كان عيباً في أصل الخلقة. وأمّا إذا كان حدث بعد الصحّة وسلامة الخلقة، كعفن وشبهه حدث بعد الصحّة لسبب اقتضاه، فإنّه يجب به الرّدّ. وحمل بعض الأشياخ هذا على أنّه قول ثالث في المذهب. وما أراه كذلك لأنّ **ابن حبيب** أشار إلى أنّ هذا الّذي حدث ممّا يعلمه قوم ويجهله آخرون، والكلام في هذه المسألة إنّما صوّرناه فيما يستوي المتبايعان في الجهل به ولا يمكن أحد معرفته، لا سيما وهذا الحادث بعد الصحّة/ ربّما كان عن سبب يعلمه البائع، مثل وضعه الخشب في مكان يظنّ من جهة العادة أنّه يفسدها.

فإذا تحقّقت الخلاف في هذا فسببه أنّ من نفى الرّدّ بهذا، قال: لم يزل الأمر جارياً في سائر الأمصار على مرور الأعصار ببيع الدّيار مع كون باطن بنيانها مستوراً عن عين النّاظر لها. وقد يكون بحجر مكسور أو صحيح ولا ينكر هذا منكر. فاقتضى هذا وقوع العقد على ظواهر الأمور دون بواطنها.

وهذا الاعتلال قد يجاب عنه بأنّ هذا غرر غير مقصود، ولا يقدر على رفعه. ولو اطّلع على أنّ البناء الباطن بخلاف ما جرت به العادة ممّا يعلم أنّه لا يدخل عليه المشتري لكان له بذلك مقال. وقد ذكر **ابن الموّاز** عن **مالك** إشارة إلى قريب من هذا المعنى. فذكر عنه أنّه قال: هذا/ الأمر ثابت، عليه يدخل البائع والمشتري، والتبايع على ذلك وقع. وهذه منه إشارة إلى أنّ هذا العقد وقع بالبراءة من هذا العيب الباطن، وسومح فيه بالبراءة للضّرورة إلى ذلك، وكونه غرراً غير مقصود.

وأمّا من أثبت الرّدّ، فإنّه يقول: مطلق العقد يقتضي سلامة المبيع من

العيب، وإن لم يشترط السلامة. فإذا لم يوجد الخشب أو الجوز سالماً، فقد وجب له أنّ يردّ. فيكون الإطّلاع عليه حال العقد لا يرفع حقّ المشتري فيما ثبت له ممّا دخل عليه من سلامة المبيع، كما لو اشترط سلامته. وقد ورد الشّرع بالرّدّ بعيب التّصرية مع كون المشتري لا يعلم التّصرية **حال العقد**. ويجاب عن هذا بأنّ التّصرية علمها البائع ودلس بها، ويمكن أنْ يعلمها غيره حين العقد. فلم يكن كمبيع لا يمكن أن يعلم عيبه حال العقد أحد المتبايعين.

وقد وقع في **الموّازيّة لأشهب** وغيره: أنّ ما يمكن اختباره والاطّلاع على عيبه حال العقد، كالجوزة والجوزتين وقثاءة واحدة أو قثّاءتين، فإنّ هذا يردّ به إذا وجد باطنه رديّا. وهذا وإن أطلق **مالك** الجواب في كون القثّاء لا تردّ إذا وجدت مرّة، فطرْد ما قدّمناه من التّعليل يقتضي إذا أمكن العلم بباطن القثاءة الواحدة والعدد اليسير من القثاء قبل أن يُقطع، مثل أن يذاق باطنه بشيء يدخل فيه، وتختبر الجوزة والجوزتان إختباراً يعرف به حالهما قبل الكسر. وأمّا الأحمال من القثاء وما لا يمكن اختبار جميعه، ففي **الموّازيّة** أيضاً أنّه لا يردّ به إلاّ أنّ يكون كلّه مرّاً أو أكثره. فإنّ الحمل إذا كان كلّه مرّاً لا يكاد يخفى ذلك على بائعه.

وأمّا البيض فإنّه يردّ بالعيب إذا اطّلع عليه بعد أن كسر، لكونه ممّا يعلم فساد باطنه قبل كسره.

وهذه المبيعات الّتي ذكرنا أنّها لا تردّ بالعيب الباطن لازمة للمشتري/ كسرت أو لم تكسر. وما ذكرنا من أنّه يردّ بالعيب الباطن، فإنّ المشتري لا مطالبة عليه في كسره إن كان البائع مدلّساً وله الرّدّ بالعيب، إلاّ أن يقطع ما يقطع أو ينحت من العود ما ينحت ويصير في حكم الفائت، فإنّه لا يردّه وإنّما له قيمة العيب على ما قدّمنا ذكره.

لكن[1] فيمن قطع ثوباً، دلّس البائع بعيبه، قطعاً لا يقطع عليه مثله، كقطعه تبابين. وأمّا إن كان البائع غير مدلّس، فإنّ للمشتري أن يرد المبيع،

(1) هكذا.

ويردّ ما نقصه القطع.

وإن كان ذلك بيضاً وكسره ثمّ اطّلع بعد كسره على عيبه، فإنّه يقضى له بقيمة العيب، ويعدّ ذلك كفوت المبيع. هذا إذا كان ممّا يسوغ بيعه، وأمّا إن كان فساده من جهة أنّه صار كالميتة لا يؤكل، فإنّ البائع يردّ الثّمن كلّه.

والجواب عن السؤال الخامس أنّ يقال: قد ذكرنا حكم العيوب الّتي تتضمّن السلامة منها إطلاق العقد. فأمّا ما لا يتضمّنه إطلاق العقد، لكنّه اشترط في أصل العقد، فإنّه متى وافق المبيع شرط المشتري فواضح ألاّ مقال له. وإن خالف المبيع شرطه، فلا يخلو ذلك من ثلاثة أقسام. أحدها: أن يجد المبيع على صفة هي أدنى ممّا اشترط، كعبد بيع على أنّه من قبيلة، فوجد من قبيلة أخسّ منها وأقلّ ثمناً، فإنّ هذا للمشتري الرّدّ به.

وإن وجد المبيع على صفة هي أفضل وأعلى ثمناً ممّا اشترط، فإنّه لا مقال له، إلاّ أن يتبيّن له غرض فيما اشترطه، فإنّه من حقّه الرّدّ، وإن كان المبيع على صفة هي أعلى ممّا اشترط، مثل أنّ يشتري أمة نصرانيّة فوجدها مسلمة، فإنّه لا ردّ له، لكون المسلمة أفضل من النّصرانيّة. إلاّ أن يعتلّ المشتري أنّه إنّما اشترط/ كونها نصرانيّة لكونه أراد أن يزوّجها عبداً له نصرانيّاً، فإنّ هذا إذا علم صحّة عذره كان الرّدّ له.

وكذلك إذا اعتذر أنّه سبقت منه يمين ألا يملك مسلمة.

وأمّا لو اشترط صفة فوجد المبيع على صفة أخرى لا يتّضح تفاوت ما بينهما في الجودة والدّناءة، ولكنّ الصفتين متقاربتان تقارباً تختلف أغراض النّاس فيه، فإنّ له الرّدّ بذلك. وقد مثل في الرّواية هذا برجل اشترى أمة على أنّها خراسانيّة، فوجدها بربريّة أو على أنّها بربريّة فأصابها خراسانيّة، أنّ له الرّدّ بذلك لأجل اختلاف أغراض النّاس في هذين الجنسين. ومثل أيضاً في الرّواية اختلاف الجنسين بأمة بربريّة أو صقلبية. فذكر أنّ من شرط صقلبية فوجدها بربريّة لا ردّ له، لكون البربريّة عنده أفضل. قال: إلاّ أن يكون اشترط ذلك لما يخاف من حريّة البربريّة وسرقتهنّ، فإنّ هذا عذر له يوجب له الرّدّ.

وقد اختلف النّقلة في قوله/ : وحرّيتهنّ. فقال سحنون: وحرّيتهنّ معنى سرقتهنّ أنّهنّ يسرقن وهنّ أحرار. وهذا التّأويل يكون مؤكّداً لرّواية من روى وحرّيتهنّ.

وقد قيل للشّيخ **أبي بكر بن عبد الرّحمان**: إنّ النّصرانيّة عند أهل **صقليّة** أعلى ثمناً من المسلمة. فقال: إذا اشترط كونها نصرانيّة فوجدها مسلمة والأمر كذلك عندهم، فإنّ له الرّدّ، وأنا أستعظم أن أجعل الإسلامَ عيباً. وهذا الّذي قاله طرد ما قدّمناه من الرّواية في أنّ من وجد أفضل من شرطه لا ردّ له إلاّ أن يكون له غرض فيما اشترط.

وقد ذكر في **المدوّنة** أنّ **مالكاً** سئل عن رجل اشترى أمة ليتخّذها أمّ ولد فوجدها عربيّة، فأراد ردّها، واعتلّ بأنّه إذا أعتقها جرّ العرب ولاءها، ولم يكن ولاؤها لولده. فلم يرَ له **مالك** هذا يوجب الرّدّ ولم يعذره به. واعتذر المتأخّرون عن قوله: جرّ العرب ولاءها، فقالوا: المراد به ميراثها، وأخذ ما تترك من مال. وأمّا الولاء فلم يجرّه عن العتق أحد، إلاّ في بعض الصّور الّذي نذكر في كتاب الولاء.

واختلف المتأوّلون فيما اعتلّ به السائل **لمالك**، فقال المغامي: مراد السائل أنّها إذا كانت عربيّة، فإنّها تنسب للقبيلة الّتي هي منها، وتشتهر بذلك حتّى يندرس كون هذا الّذي أعتقها يستحقّ ولاءها.

وقال بعض الأشياخ: إنّما المراد أنّ الغالب وجود عاصب لها يرثها بالنّسب، والنّسب مقدم على الولاء، لكون العربيّة يحتفظ على نسبها ويعلم أصلها، بخلاف العجميّات اللاّتي لا يعرف لهنّ جدود أسلاف.

وقيل أيضاً إنّ مراد السائل أنّه يعلم أنّ لها عاصباً جهل أمره فلا تورث بالولاء، ويتصدّق بمالها كما يتصدّق باللّقطة الّتي جهل مالكها، واعتقد السائل غلطاً منه أنّ هذا هو الحكم، فردّ عليه **مالك** غلطه وأخبره أنّ هذا ليس بعذر. إلى هذا أشار بعض المتأخّرين.

ولكن لو كان هذا هو مراد السائل، لوجب ذلك في العجميّات أيضاً لأنّه يعرف أنّ العجميّة لا بدّ لها من عاصب، ولكنّه مجهول أيضاً. وإن افترق الحال بكون العجميّة لا يرجى العثور على عاصبها ويرجى ذلك في العربيّة.

وقد سئل **يحيى بن عمر** عن قرشيّ تزوّج أمة رجل من العجم واستولدها، وأعتق سيّدها ولدها، فقال **يحيى بن عمر**: ينسب هذا الولد إلى **قريش** كأنّه ما مسه رقّ قطّ. واحتجّ بما نقلناه عن **مالك** في **المدوّنة**، فأشار بهذا القول إلى أنّه لا يكون للمعتق ولاء إذا كان المعتَق عربيّاً. فإنّ هذا قد صرّح به بعض الأندلسيّين، فقال: **مالك** وأصحابه مجمعون على أنّ من أعتق عربيّاً، فإنّه لا ولاء له بعتقه، إلاّ **أشهب** فإنّه قال: الولاء للمعتق اتّباعاً لعموم قوله/ عليه السلام: «**الولاء لمن/ أعتق**»[1]. ولم يفرّق بين كون المعتق عربيّاً أو أعجميّاً. وذكر **ابن شفاعة**: أنّ فقهاء الأمصار مجمعون على أنّ الولاء للمعتق، وأنّ أهل العلم لم يختلفوا في أنّ الجاهليّة كانت تسبي بعضها بعضاً. وقد سبي **زيد بن حارثة** واشترته **خديجة** ووهبته للنبيّ فأعتقه، فكان ولاؤه له ﷺ. وسبت **الرّوم صهيب بن سنان** فاشتراه **أبو بكر** رضي الله عنه فأعتقه، فكان ولاؤه له. وهذا الّذي ذكرناه من الخلاف يقتضي ظاهر الشّرع كون الولاء للمعتق، وإن كان المعتَق عربيّاً. ولا معنى لهذه التّفرقة بين كونه عربيّاً أو أعجميّاً، إلاّ أن يقال: لا بدّ للعربي من عاصب يعلم، فلا ينقطع الولاء هاهنا لوجود نسب هو مقدّم في الشّرع عليه.

وقد كنّا أشرنا إلى أنّ العيب يردّ به وإن لم يشترط السلامة منه في أصل العقد. لكون ذلك كالمشترط في العرف عند المتعاقدين. وأمّا تعيين جنس دون جنس، فلا يتضمّنه إطلاق العقد. وإنّما يبقى النّظر في دلالة العرف عليه. وقد كنّا قدّمنا الرّواية فيمن اشترط كون الأمة نصرانيّة فوجدها مسلمة، فإنّ ذلك لا ردّ له به، لكون ما وجد أفضل ممّا اشترط، إلاّ أن يتميّز غرض المشترط بدليل شاهد الحال.

---

(1) متفق عليه من حديث عائشة فيض القدير ج6 ص 377 ح 9686.

وذكرنا أيضاً أنّ إطلاق العقد على الأمة لا يتضمّن بكارة أو ثيوبة، ولا ردّ له إذا وجد الأمة ثيّباً، وقد وقع العقد مطلقاً. لكن وقع في الرّواية أنّه من اشترى سمناً فوجد سمن بقر، فقال: إنّما أردت سمن غنم، أنّه يردّ ذلك لكون سمن الغنم أطيب.

وهذا الّذي قاله كأنّه يشير إلى خلاف ما قدّمناه، لأنّه لم يجعل الثّيوبة عيباً مع كون البكارة أفضل، وجعل كون السمن سمن بقر يقتضي الرّدّ إذا كان سمن الغنم عندهم على مقتضى عرفهم أفضل. لكن قد يقال في هذا: إنّ الثّيوبة هي الغالب، وعليها يدخل المتعاقدان، ألا ترى أنّه لو كانت الأمة من صغر السنّ بحيث ما[1] الظّاهر من حالها البكارة، أنّ للمشتري مقالاً إذا وجد ثيباً. وأمّا السمن فلعلّه اعتقد أنّ سمن الغنم هو الغالب عندهم وعليه دخل المشتري، فلهذا جعل له الرّدّ.

ووقع أيضاً في الرّوايات فيمن اشترى، قلنسوة سوداء، فوجدها ركبت من ثوب ملبوس، أنّه لا مقال له إلاّ أن تكون ركبت من ثوب خلق. وقال، فيمن اشترى جبّة ركبت من ثوب لُبِس أسمر ثمّ بُيِّض، وركبت منه الجبّة، إنّ هذا عيب. وهذا أيضاً أشار بعض الأشياخ إلى أنّه اختلاف قول، ويمكن أن يكون العذر عن هذا أنّ القلانس تركب عندهم غالباً من ثياب ملبوسة ولا تركب الجبّة والثّوب من ثياب ملبوسة. وهكذا أيضاً قال، فيمن وجد قلنسوة حشوها صوف أو قطن جديد وقديم: إنّه لا يردّ المشتري بذلك إذا لم تكن رفيعة. وهذا أيضاً لكون العادة تقتضي عندهم حشو الدنية بمثل هذا، بخلاف الرّفيعة. وهذا يشير إلى ما أصّلناه من اعتبار النّطق المشترط به صفة في البيع أو عرف يقوم مقام النّطق.

قال القاضي أبو محمّد رحمه الله؛ ولا يجوز لبائع السلعة المبيعة أن يكتم عيبها لأنّ ذلك غشّ. ولا يقبل دعوى المبتاع إن بان[2] بالسلعة عيباً دون أن

---

(1) (ما) مثبتة في النسختين، والأولى حذفها.

(2) هكذا في النسختين. وفي غ والغاني: أن بالسلعة عيباً.

يأتي ببيّنة بمشاهدته[1] إن كان مشاهداً أو بالبيّنة إن كان غير مشاهد. ثمّ لا يخلو أن يكون ممّا لا يحدث عند المشتري أو يكون ممّا لا[2] يعلم أنّه لم يكن عند البائع. والقول في الموضعين قول من قوي سببه منهما مع يمينه. أو يكون محتملاً، فالقول قول البائع مع يمينه، إلاّ أن ينكل فيحلف.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل/ ثلاثة أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ لم حرم على البائع أن يكتم عيباً بالمبيع؟

2 ـ وما حكم التّداعي في العيوب؟

3 ـ وما صفة اليمين في التّداعي؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: قد قدّمنا الدّلالة على منع التّدليس. وتكلّمنا على قوله عليه السلام: «**من غشّنا فليس منّا**»[3]. وذكر ما قيل في تأويل هذا الحديث من أقوال كثيرة.

والغشّ هو كتمان العيب، والتّدليس، والتغرير بالمشتري فيه. وذلك ممّا لا ينحصر. لكن منه أمور ظاهرة لا يحتاج إلى تبيينها، ومنه ما يفتقر إلى تبيينه. مثل ما وقع في الرّواية من منع الفّرايين من أن يُتَرِّبوا وجوه الأفْرية ليتزيّن ويستر ذلك عيوبها. وهذا التّحسين ربّما اعتقد المشتري أنّه صفة ثابتة لها في الأصل غير مصنوعة. وربّما اعتقد أنّ ذلك لا يستر عيباً فيرغب المشتري، فهذا من الغشّ. لكنّ البيع إذا وقع والمشتري عالم بأنّه قد ترّبها بائعها، فلا ردّ له.

وقال **ابن الموّاز**: إلاّ أن يكون اطّلع على عيب، فإن لم يكن علم بأنّها مترّبة، فله الرّدّ قبل أن يطّلع على عيب.

وهذا الّذي قاله تمكينه من الرّدّ قبل ظهور عيب يوجب الرّدّ إذا لم يعلم بكونها مترّبة، إنّما صار إليه لأجل أنّ المشتري يكره التّمسك بها مع كونه يجوّز

(1) في غ والغاني: دون أن يبيّنه بالمشاهدة.

(2) (لا) ساقطة في غ، والغاني.

(3) إكمال الإكمال ج1 ص 210/211.

عيوباً سترت عنه، وستظهر له في ثاني حال.

وأمّا اطلاق الرّواية بأنّه إذا علم بالتّتريب فلا ردّ له، فإنّما ذلك إنّما صار إليه لأجل هذا العيب الّذي تخشى عاقبته.

لكن استدرك **ابن الموّاز** في هذه الرّواية أنّ له الرّدّ بعيب يَظْهَر يمكن أن يكون رأى أنّ ذلك، وإن دخل عليه المشتري، كالبراءة من العيب، والبراءة من العيوب في العروض لا تصحّ، ولا يصح العقد على أنّ المشتري لا قيام له بالعيب متى ظهر/ له. وهذا وإن[1] لم يكن البائع عالماً بالعيب. وأمّا إذا كان عالماً به، فلا تصحّ البراءة منه ومن سائر العيوب على الإجمال.

ومن الغشّ أيضاً خلط طعام جيّد برديء، كخلط تمر جيّد برديء، أو عسل جيّد برديء، أو لحم هزيل بسمين. ويُنهَى الجزّار عن خلط اللّحم الجيّد بالرّديء. وإن نقص له ذلك. فإن اشترى مشترٍ منهم على ذلك، فإنّ البيع ماضٍ فيما قلّ كأرطال يسيرة، وأمّا أرطال كثيرة كعشرين أو ثلاثين، فإنّ ذلك لا يجوز حتّى يعلم مقدار السمين من الهزيل. وإنّما فرّق بين اليسير والكثير في هذا لأنّ اليسير يفرز حميده ورديه، ويعلم فيه أحدهما من الآخر على جهة التّخمين، بخلاف ما كثر من ذلك.

ويتصدّق بما قلّ من لحم أو طعام إذا كان يسيراً عقوبة في المال مع الأدب. بخلاف الكثير الّذي يشتدّ الضّرر بإتلافه على صاحبه ويباع عليه ممّن يؤمن أن يدلّس به، ويعاقب من غشّ بضرب أو حبس أو إخراج من السوق إذا كان معتاداً لذلك.

وقد قال **مالك** في **الموّازيّة** فيمن يفجُر في السوق ينبغي أن يُخرج، فهو أشدّ عليه من الضّرب. والتّحقيق في هذا صرف العقوبة إلى الاجتهاد في جنسها ومقدارها لاختلاف موقعها في العصاة.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: لا يخلو العيب من أن يكون

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف الواو.

مشكوكاً فيه أو متحقّقاً.

والشّكّ فيه على قسمين:

أحدهما: أن يشكّ في وجوده وحصوله.

والثّاني: أن يتحقّق وجوده ويشكّ في زمن ابتداء وجوده.

وإن كان متحقّقاً، فلا يخلو من قسمين:

أحدهما: أن يتحقّق كونه عند البائع أو عند المشتري. فأمّا إذا كان الشّكّ في وجوده وحصوله، فإنّه لا يقضى للمشتري بردّ المبيع، لكون البيع أصله الانعقاد، واتّفق المتبايعان على لزومه/ وثبوت الثّمن على المشتري، وانتقال ملك المبيع إليه. فعلى من يّدعي حلّ هذا المنعقد عليه إثبات ما يحلّه والمشكوك فيه غير ثابت.

وقد قال ابن الموّاز لا يردّ المبيع بالعيب إلاّ أن يجتمع عليه رجلان عدلان من أهل البصر والمعرفة، أوامر أتان فيما لا يطّلع عليه إلاّ النّساء، كعيوب الفرج والحمل وشبهه، فإنّ امرأتين تقومان مقام رجلين للضّرورة إليهما. ومن يعلم علمه، وقرأ كتبه، وصحب علماءه، فإنّ هذا ينبغي أيضاً أن يتطلّب فيه ثبوته بشهادة من كان عدلاً عارفاً بهذه الأدواء الّتي لا يعرفها إلاّ الأطبّاء. فإن لم يوجد من يعرف هذا إلاّ من ليس بعدل من أهل الإسلام أو من غيرهم من اليهود والنّصارى اكتفى بهم في هذا. . . .[1]. ومن هذه الطّريق تقبل للضّرورة إليه كما تقبل شهادة الصبيان في الجراح للضّرورة إليها.

ولو اختلف الشّهود فقال عدلان: هذا عيب ينقص الثّمن، وأكذبهما آخران، فإنّ هذا التّكاذب يسقط الشّهادتين ويعود العيب/ غير ثابت، فلا يجب به الرّدّ.

وكذلك لو اشترط المشتري جنساً اختلف فيه الشّهود، هل هو من المشترَط أم لا؟ فإنّه لا يلزم ردّ البيع لهذا الاختلاف. فمحمل هذا على أنّ

---

(1) بياض بالنسختين مقدار ست كلمات.

المشتري قبض المبيع مصدّقاً للبائع أنّه من الجنس الّذي اشترط. فيكون البائع هو المدّعي والمّدعي إلزام المشتري البيع، فلا يصدق إلاّ بإثبات. وأمّا لو قبضه مصدّقاً للبائع أنّه على الصّفة الّتي اشترط، لكان المشتري هاهنا هو المدّعي، والمدّعي لحلّ منعقد يكون عليه الإثبات.

وقد قدح في هذا الّذي أصّلناه بأنّ اختلاف الشّهادة والشّكّ في حصول العيب عيب، وإن لم يكن العيب متحقّقاً، لكون النّاس يجتنبون في المبيع ما التبس أمره ويقفون عن شرائه. وقد كنّا قدّمنا أنّ الأمة إذا ادّعت أن سيّدها أَوْلَدها أو أعتقها، ولم يثبت لها ذلك، وباعها سيّدها ممّن لا يعلم دعواها هذه، أنّ ذلك عيب، لكون النّاس يجتنبون شراء ما وقع فيه هذا الشّكّ والالتباس.

ولكن العذر عن هذا أنّ هذه الشّكوك حدثت بعد انعقاد العقود وانبرامها فلم يؤثّر في المنعقد شكّ حدث بعد انعقاده بخلاف شكّ يحدث ويثبت حصوله بعد[1] انعقاد البيع.

وأمّا العيب[2] من ناحية زمن العيب، فإنّ البائع والمشتري لو اختلفا في زمن عقد البيع في المحرّم. مثل أن يقول البائع: لم يكن في المحرّم انعقاد البيع، ويقول المشتري: بل كان انعقاد البيع فيه، فإنّ أصبغ ذكر أنّ القول قول البائع، لأنّ المشتري يدّعي تاريخاً يوجب نقض البيع المنعقد. وساوى بين أن يكون المشتري نقد الثّمن أو لم ينقده. وأشار إلى المسألة الّتي اختلف فيها **ابن القاسم** في أحد الثّوبين إذا فات، وردّ الآخر بالعيب، واختلفا في قيمة الفائت. وقد ذكرنا مذهب ابن القاسم في التّفرقة فيها بين أن يكون البائع انتقد الثّمن أو لم ينتقده.

وهذا الأصل في اختلاف التّواريخ الّتي يختلف الضّمان باختلافها مختلف فيه، سنتكلّم عليه في اختلافهما في العهدة وغيرها.

وإذا تقرّر هذا، فإنّ العيب المشكوك فيه وإن لم يوجب الرّدّ، فإنّه يوجب

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عند.

(2) هكذا في النسختين ولعل الصواب وأما الاختلاف.

تحليف البائع أنّ هذا العيب لم يكن عنده، لأجل هذه الشّبهة الّتي وقعت في النّفس من إشكال الأمر على الشهود، وتجويزهم قدم العيب وحدوثه.

وليس كلّ شكّ يوجب تحليف المدّعى عليه. لكن لمّا كان هذا الشّكّ/ له مستند حاصل مشاهد وهو العيب، قويت هذه الشّبهة حتّى أوجبت اليمين على البائع مع هذا الشّكّ.

ولو كان المشتري قاطعاً بأنّه لم يحدث عنده والبائع قاطع بأنّه لم يحدث عنده، لخرجت اليمين هاهنا عن تعلّقهما بالشّكوك ووجبت اتّباعاً للأصول في الدّعاوي. ألا ترى أنّ من شكّ: هل له عند رجل مال، فإنّه لا يستحلفه بالشّكّ، ولا يمكن من خصومته، لمّا لم يكن/ لهذا الشّكّ مستند ولا شبهة يستند إليها. ولو كان عليه دين فشكّ. هل قضاه أم لا؟ فإنّ تمكينه من تحليف من له الدّين فيه اختلاف في المذهب. فكأنّ من نفى اليمين عن صاحب الدّين يرى أنّ شكّ الغريم في قضاء الدّين لا مستند له، ولا شبهة توجب تعلّق اليمين لمن له الدّين. ومن أوجب على من له الدّين يميناً رأى أنّ الشّكّ في قضاء الدّين يصيّر الدّين مشكوكاً في ثبوته في ذمّة الغريم، وصاحب الدّين يقطع أنّه لم يقضه شيئاً، وأنّ الدّين ثابت، فيكون القول قول الطّالب هاهنا ولكن مع يمينه لحصول شكّ في عمارة ذمّة الغريم.

وهذه مسائل كما ترى تارة يقوى مستند الشّكّ، وتارة يضعف فيسقط اليمين. ومن احتاط للأقدار ألاّ ستهضم[1] بالاستحلاف بالتّجويز والشّكّ أسقط اليمين. ومن نظر لصيانة الأموال على أربابها أوجب اليمين. ألا ترى أنّ رجلاً لو اشترى عبداً فزنى عنده أو أبق، وحقّق الدّعوى على بائع العبد، أنّ ذلك كان عنده لم يُعلم به حين العقد المشتريَ، وإنّما استفاد علمه الآن وثبت أنّ العبد أبق عند المشتري أو زنى، فإنّ البائع يحلف هاهنا من غير خلاف لوجود العيب المشاهد. وهو سبب تستند إليه الدّعوى وقارنه تحقيق الدّعوى على البائع. وأمّا

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تُهضَم.

لو لم يأبق عند المشتري ولا زنى، ولا حقّق الدّعوى على البائع بأنّ ذلك كان عنده، ولا أسند هذه الدّعوى أنّ ذلك كان عند البائع إلى خبر مخبر، فإنّه هاهنا لا يستحلف البائع بغير خلاف، إذ هذا التّجويز لا مستند له أصلاً وهو ممّا يتكرّر ويتعدّد أجناسه، فسقطت لما فيها من الإضرار بالبائعين مع كونها لا مستند لها.

ولو أنّه قال: أخبرني مخبر بهذا أنّه كان عندك هذا العيب، ولم يدّعِ المشتري أنّه رآه منه وهو عنده ولا حدث عند المشتري، ولكن إنّما عوّل في الدّعوى على خبر مخبر، فإنّ هذا يوجب استحلاف البائع على أصل **ابن القاسم**، ولا يوجب استحلافه على أصل **أشهب** على حسب ما اختلف **ابن القاسم** و**أشهب** في المشتري إذا قام بعيب، فقال البائع للمشتري: تحلف لي أنّك ما رأيته، أو ما رضيته، أو ما سوقت بالمبيع مع علمك بالعيب. فإنّ **ابن القاسم** قال في هذا: لا يلزم المشتري يميناً، إلاّ أن يزعم البائع أنّ مخبراً أخبره عن المشتري بهذا، فيحلف المشتري حينئذٍ على هذا. وذكر **ابن أبي زمنين** عن مشائخه زيادة شرط آخر وهو أن يحلف البائع: لقد أخبره مخبر. وأسقط **أشهب** اليمين في هذا، ولو زعم البائع أنّ مخبراً أخبره.

فكأنّ **ابن القاسم** رأى أنّه إذا لم تستند هذه الدّعوى إلى قطع ولا إلى ظنّ من ناحية الأخبار، صارت ضرباً من التّجويز الّذي لا مستند له ولم يلزم به يمين. فإذا ذكر أنّ مخبراً أخبره/ ، صار للدّعوى مستند وهو ظنّ المدّعي، فكان لهذا التّجويز تأثير لاستناده إلى ظنّ.

ومن اشترط من المشائخ الّذين أشرنا إليهم استحلاف البائع أنّ مخبراً أخبره/ أراد تقوية الظّنّ لئلاّ يكون البائع كذب في قوله: أخبرني مخبر صدق.

فلو سمّى المخبر وأحال على رجل بعينه، لاستغنى عن هذا اليمين.

وبالجملة إن هذا اختلاف في حال، هل للأخبار والمخبر هاهنا شبهة ولطخ يستند إليه هذا الشّكّ أم لا؟

ولو ذكر أنّ المخبرين جماعة يقع له العلم بخبرهم حتّى يكون من حقّ

المشتري أن يردّ اليمين على البائع الّذي ادّعى أنّ المشتري رضي بالعيب. فتعلّقت اليمين هاهنا على من ردّها على البائع الّذي يحاول استحلافه على هذه الدّعوى.

ولو ثبت إباق العبد عند المشتري ولم يثبت أنّه كان عند البائع، ولكن المشتري استدلّ بهذا أنّه ما كان عنده إلاّ وكان عند البائع، فإنّ في تمكينه من تحليف البائع اختلافاً. وهو أيضاً راجح إلى ما قلناه.

فمن رأى أنّ حصول العيب عند المشتري وثبوت ذلك مستند لهذا التّجويز، مكّن المشتري من استحلاف البائع. ومن لم يرَ ذلك مستنداً اقتصر على تجويز المشتري في دعواه على البائع، لم يستحلف البائع قياساً على ما قدّمنا في مثل هذا.

ولو كان الإباق لم يثبت كونه عند المشتري ولا عند البائع، ولكن المشتري زعم أنّه كان عنده، واستدلّ بذلك على كونه كان عند البائع، لكان أيضاً في صفة استحلاف البائع خلاف. وهذا القسم دون الّذي قبله، لأنّ السبب الّذي يستند إليه ثبت في القسم الّذي قبل هذا بالبيّنة، فهذا القسم الآخر لم يثبت إلاّ باقتصار المشتري على الدّعوى.

ولو قال العبد: إنّي زنيت أو سرقت وأنا عند مولاي. لاستحلف البائع، لكون قول العبد لطخاً. وهو أيضاً أضعف من الأقسام الّتي تقدّمته.

فإذا تقرّر حكم العيب المشكوك فيه وأنّ القول قول البائع لكون البيع منعقداً، والمشتري يدّعي سبباً يحلّه، فإنّه لو كان بالمبيع مع هذا العيب المشكوك فيه عيب ثبت قدمه عند البائع، فإنّ هذا العيب القديم يوجب حلّ هذا البيع المنعقد. فيكون القول قول المشتري في هذا العيب المشكوك فيه: إنّه لم يحدث عندي. لأنّ لمّا انحلّ بالعيب القديم، صار البائع مدّعياً على المشتري غرامة تلزمه له، وهو أن يردّ قيمة هذا العيب الّذي زعم البائع أنّه حدث عند المشتري، والأصل براءة ذمّة المشتري، وقد قدّمنا استصحاب الأصل، وهو ما

اتّفق المتبايعان هو الّذي تسند الأحكام إليه[1].

فإذا كان العيب المشكوك فيه منفرداً، استصحبنا حال انعقاد البيع، فلا يصدّق المشتري في/ حلّه وردّه.

وإذا وجب ردّ البيع بالعيب القديم، استصحبنا براءة ذمّة المشتري من غرامة، فيكون هو المصدّق فيما ينفيها عنه.

ولو كان بالمبيع ثلاثة عيوب: عيب ثبت قدمه عند البائع، وعيب ثبت حدوثه عند المشتري، وعيب شكّ فيه هل هو حدث عند البائع أو عند المشتري، لبدأنا باستعلام ما عند المشتري.

فإن اختار الرّدّ بالعيب القديم، فقد انحلّ البيع. فيكون القول قوله في العيب المشكوك فيه: أنّه لم يحدث عندي، استصحاباً لكونه بريء الذّمّة من الغرامة، فيردّ العبد ولا يردّ معه قيمة نقص.

وإن اختار المشتري التمسّك بالمبيع وأخذ قيمة العيب كان القول قول البائع في العيب المشكوك فيه: أنّه لم يحدث عندي، استصحاباً أيضاً لبراءة ذمّته من غرامة. والمشتري لم يثبت له عليه إلاّ غرامة عيب واحد، والآخر الّذي هو مشكوك فيه لم يثبت ما يوجب على البائع غرامته، فلهذا صدق فيه.

وإذا ادّعى المشتري على أنّه دلّس عليه بالعيب وقد اشترى ثوباً/ فقطعه أو أحدث فيه ما يوجب ردّ قيمة النّقص ممّا يسقط عنه لو ثبت تدليس البائع، فإنّ القول قول البائع أنّه لم يدلّس، أو أنّه أنسي ذكر العيب عند عقد البيع، لكون الأصل عدم علمه. فيستصحب هذا الأصل على ما قرّرناه.

لكن اشترط في **المّوازيّة** في[2] استحلاف البائع على هذا لأنّه لا يقضى للمشتري إلاّ إذا اختار أن يردّ المبيع بالعيب، فيلزمه ردّ ما نقص، فيحلف البائع

---

(1) كذا بالنسختين.

(2) هكذا في النسختين ولعل الصواب حذف «في».

على نفي التّدليس لتثبت له غرامة. وأمّا إن أراد المشتري التمسّك وأخذ قيمة العيب، يجب[1] على البائع، سواء دلّس أو لم يدلّس. فلا فائدة في استحلافه على أنّه لم يدلّس، والأيمان إنّما تتعلّق فيما يفيد المدّعي. وهذا مثل ما يقال فيمن ملك زوجته، فقضت بالثّلاث، فناكرها في عدد الطّلاق وزعم أنّه أراد تمليكها طلقة واحدة، فإنّ القول قوله مع يمينه، ولكن[2] يستعجل استحلافه عند المناكرة، إلاّ إذا أراد الرّجعة وإستباحة الزّوجة فيمنع من ذلك حتّى يحلف، على ما سنبسطه في موضعه إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: إذا ثبت قدم العيب، لم يحلف المشتري إذا ردّ لثبوت ما يستحلف عليه وهو قدم العيب. وقد قدّمنا فيما سلف أنّ العيب القديم يوجب الرّدّ ولو كان عيباً ظاهراً. قال **ابن الموّاز**: طال الزّمان أو لم يطل. وذكرنا أنّه لا يمين. وإنّ القول الآخر استحلاف المشتري في هذا العيب إذا كان ظاهراً.

وأمّا العيب المشكوك فيه، فإنّه إن كان خفيّاً، استحلف البائع على العلم، ويكتفَى بذلك، لأنّ قصارى ما فيه أنّه إذا كان ظاهراً، فإنّ البائع عالم به. وهو إذا قال في يمينه: إنّي لم أعلم به، فقد كذب وفجر في يمينه. والأيمان إنّما وضعت لزجر الفاجر عن يمينه الكاذبة. وقال **ابن القاسم**: بل يحلف في العيب الظّاهر على البتّ، لأنّ/ الأظهر أنّ البائع لا يخفى عنه العيب الظاهر، وإذا كان لا يخفى عنه، حلف على القطع: أنّه لم يكن عنده.

والأصل في هذا أنّ كلّ من استحلف على إثبات فعل فعله هو أو فعله غيره، فإنّه يحلف على البتّ والقطع. لكونه يعلم فعل نفسه، ويعلم فعل غيره إذا شاهده ورآه. وكلّ من استحلف على نفي فعل، فإن كان فعل نفسه حلف على البتّ لأنّه يعلم ما فعل وما ترك. وإن استحلف على أنّ غيره لم يفعل، حلف على العلم. لأنّه لا يمكن في غالب الأمر أن يقطع على غيره أنّه لم يفعل

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فيجب.

(2) هكذا في النسختين ولعل الصواب لاَ يستعجل

كذا إلاّ في صور نادرة بتقييد وتحديد.

وذهب ابن نافع في المدوّنة إلى أنّه يحلف على البتّ. ولم يفرّق بين عيب خفيّ أو ظاهر. واحتجّ بأنّه لو ثبت قدم العيب والبائع غير عالم به، لم يسقط حقّ المشتري في الرّدّ كونُ البائع لم يعلم بالعيب. وإذا كان الأمر كذلك، فلا يجزيه أيضاً أن يقتصر على نفي علمه بالعيب لما قدّمناه من كون عدم علمه بالعيب لا عذر له به إذا قامت البيّنة.

وهذا الاحتجاج يجاب عنه بأنّ البيّنة إذا ثبتت عدم[1] العيب فقد ثبت السبب الموجب للرّدّ ووجب حلّ البيع المنعقد.

وإذا لم يثبت العيب وكان مشكوكاً فيه، لم يجب حلّ البيع المنعقد بكون البائع غير عالم بالعيب. فهذا وجه هذه الأقوال الثّلاثة في العيب المشكوك فيه، تحليف البائع على البتّ في الوجهين، أو على العلم في الوجهين، أو تفرقة ابن القاسم بينهما.

ولو نكل البائع عن اليمين فإنّ المشتري يحلف أنّ ذلك لم يكن عنده ويردّ البيع.

واختلف قول ابن القاسم في صفة يمينه. فقال مرّة يحلف على حسب ما كان يحلف البائع في اليمين الّتي ردّها عليه إن كان العيب ظاهراً، حلف على البتّ، وإن كان خفيّاً، حلف على العلم. وهذا يشير إلى اختلاف قوله في صفة يمين البائع أيضاً. وأنّه قد يرى تحليف البائع في الوجهين على أنّه لم يعلم العيب على حسب ما قاله هاهنا في المشتري. ويكون هذا موافقة منه لما حكيناه عن أشهب أنّه يفرّق بين البائع والمشتري، ولا يقول في البائع أنّه يحلف في الوجهين على العلم لأجل أنّ العيب من جهته، ويمكن أن يكون دلّس به، فكان الحمل عليه بأن يحلف على البتّ أوْلى من أن يحمل بذلك على المشتري.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قِدَم.

فقد قدّمنا نحن ما يشير إلى هذه التّفرقة لمّا اعتذرنا عن قول أهل المذهب إنّ المشتري إذا حدث عنده عيب يسير لا يغرمه، أنّ البائع يردّ عليه المبيع بمثل هذا العيب لمّا كان العيب من جهة البائع، ويتّهم أن يكون علم به ولم يذكره. وكذلك أيضاً أشرنا إلى هذا المعنى في منشأ الخلاف بين **مالك** و**الشّافعي** في المبيع إذا حدث عند المشتري به عيب فاطّلع على عيب قديم، وإنّ **الشّافعي** يرى ذلك فوتاً يمنع من الرّدّ/ على البائع لكون البائع لا يلزمه أن يردّ عليه إلاّ ما باع بعينه، على حسب ما كان عليه. وأنّ **مالكاً** يرى أيضاً أنّ المشتري لا يلزمه قبول ما لم يدخل عليه، فلمّا تقابل الأمران، غلب **مالك** رضي الله عنه جنبة المشتري لكونه لم يظلم بكونه مدلّساً ولا جوز ذلك عليه.

وذهب ابن نافع إلى أنّ المشتري يحلف على البتّ طرداً لما كنّا حكيناه عنه وذكرنا اعتلاله فيه.

وإذا نكل المشتري أيضاً عن هذه اليمين بعد نكول البائع، بقي البيع منعقداً على حسب ما كان عليه. هذا المعروف من المذهب. وفي **المدوّنة** عن **ابن نافع** في هذا اللّفظ قد يقتضي ظاهره تمكين المشتري بعد هذا النّكول من الرّجوع إلى اليمين لأنّه ذكر في المدنيّة أنّ المشتري إذا نكل لزم البيع. وظاهر هذا يقتضي أنّه لا رجوع له إلى اليمين بعد هذا النّكول. وقال **ابن نافع**: لا يردّ المشتري بالعيب إلاّ حتّى[1] يحلف. وقد يوهم ظاهر هذا أنّه يمكن من الرّجوع إلى اليمين بعد النّكول عنها. ومال بعض المتأخّرين إلى إثبات هذا القول اختلافاً في المذهب.

وهو لفظ فيه إشكال. لكن أصل المذهب يقتضي أنّ النّاكل لا يمكن من الرّجوع إلى اليمين بعد أن نكل عنها إذا تعلّق لخصمه بنكوله حقّ ومنفعة. ولهذا لا يمكن البائع لو نكل عن اليمين في هذا وردّها على المشتري من الرّجوع عن ذلك قبل أن يحلف المشتري. لكون المشتري قد استحقّ بهذا النّكول أن يحلف

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حين.

ويردّ البيع. وهاهنا إذا نكل البائع وتعلّق للمشتري حقّ بنكوله فلم يحلف، بقي البيع على ما كان عليه منعقداً وبقي موقوفاً على معاودة المشتري إلى اليمين الّتي نكل عنها. لكن أيضاً قد يتعلّق للبائع حقّ في إقرار البيع على ما هو عليه. وهذا يستقصى في أحكام الأيمان والنّكول في موضعه إن شاء الله تعالى.

وذكر ابن المواز أنّ السلعة إذا باعها رجل من آخر ثمّ اشتراها بائعها ممّن اشتراها منه. فلمّا صارت في يديه وعادت إليه، ظهر فيها عيب مشكوك فيه، أنّ البائع الأوّل يحلف ويبرأ من هذا العيب. فإن نكل حلف المشتري وردّ البيع. ومعنى ردّه هاهنا أن يستردّ منه بقيّة الثّمن إذا كان مشتريها قد باعها من بائعها بأقلّ ممّا اشتراها/ منه.

وأنت إذا تأمّلت ما أصلنا لك من كون البيع المنعقد لا ينحلّ بالشّكّ. والقول فيه قول البائع استصحاباً لحال الانعقاد، وأنّ من كان ذمّته برية من غرامة، فإنّه لا يغرم بالشّكّ، علمت ما يتفرّع من وجوه هذه المسألة، وحكم كُلّ قسم منها، وأنّ زيداً إذا باع من عمرو سلعة بمائة دينار، ثمّ رجع زيد فاشتراها من عمرو بثمانين ديناراً، فظهر فيها عيب مشكوك فيه وهي بيد زيد/ ، فإنّ هذا العيب إذا شكّ فيه هل كان عند زيد قبل أن يبيعها من عمرو أو حدث عند عمرو قبل أن يبيعها من زيد، فإنّ عمراً لا يردّ عليه بالشّكّ هل كان هذا العيب عنده أم لا؟ وكذلك لا يطالب عمرو وزيداً بأنّ يردّ عليه عشرين ديناراً بقيّة الثّمن بالشّكّ، هل كان العيب عند زيد قبل أن يبيعها من عمرو، فيكون من حقّ عمرو أن يردّها على زيد بالعيب، وهي قد رجعت إلى يد زيد فيطالبه عمرو ببقيّة الثّمن؟ فإذا تبعت هذا الأصل، علمت هذا الشّكّ لو شكّ في هذا العيب، هل كان عند زيد قبل أن يبيع من عمرو، أو حدث عنده بعد أن اشترى من عمرو أو حدث عند عمرو وتعلّق اليمين بهما جميعاً، إذا طلب أحدهما حلّ البيع على مقتضى دعواه، وطلب الآخر إكمال الثّمن على مقتضى دعواه؟ وقد تقدّم الكلام على من وجد عيباً بمكيل أو موزون وقد أفاته وأتلف عينه. وذكر الخلاف فيه هل يردّ المثل أو يخيّره بين ردّه أو يأخذ قيمة العيب. وذكر أنّ قيمة العيب ينسب

إلى الثّمن الّذي عقده به البيع. وكذلك ينسب منه أيضاً قيمة العيب الحادث عند المشتري. فلو كان الثّمن ليس بمال معلوم مثل أن يتزوّج امرأة بعبد فيموت في يدها بعد أن اطّلعت فيه على عيب، فإنّ الرّجوع لها بمقدار العيب إنّما ينسب من قيمة العبد لمّا كان ثمنه البضع الّذي هو ليس بمال معلوم. وقد اختلف المذهب فيمن أسلم في عبد فلمّا قبضه اطّلع على عيب فيه وقد فات في يده، فقال **ابن القاسم**: يغرم قيمة هذا المقبوض ويرجع العبد الّذي كان له في الذّمّة. وقدّر أنّ هذا المقبوض لمّا كان معيباً، صار كأنّه كجنس آخر غير الّذي له في الذّمّة. فإذا علم بعد أن أخذه أنّه كجنس آخر، وقد فات في يديه، فإنّه يردّ قيمة ما فات في يديه، ويرجع بعبد سليم من العيب على ما كان له ذلك في ذمّته. ورأى **سحنون** أن يعتبر مقدار هذا العيب من العبد المقبوض، فإن كان ربعه رجع على المسلم إليه بربع عبد على ما كان له في ذمّته. وقدّر أنّ ثلاثة أرباع العبد قد قبضت، وهي غير ما كان في الذّمّة، والرّبع الآخر كأنّه استحقّ من يديه، فيرجع بمقدار ما استحقّ من يديه شريكاً به في عبد، وكأنّه لم يعتبر ضرر الشّركة فتمسّك بالحقّ في العين. و**ابن القاسم** اعتبرها فأوجب غرامة قيمة العبد المعيب والرّجوع بعبد سليم كامل.

وقد كنّا نحن أشرنا في تعدّي الوكيل إلى اعتبار نقص في بعض صفات الشّيء، هل يصيّره ذلك كجنس آخر لمّا انقضت صفته، أو يبقى ما سوى النّقص كأنّه العين السالمة من النّقص. وهذا قد يتصرّف[1] في هذه المسألة أيضاً. وذهب **ابن عبد الحكم** إلى أنّه إنّما يرجع قابض هذا العبد من سلم بمقدار/ العيب من قيمة العبد. فيقال: ما قيمة العبد سليماً؟ فيقال: مائة[2] دينار. ثمّ يقال: ما قيمته معيباً؟ فيقال مائة دينار. فيرجع قابض العبد بمائة دينار. وهذا/ مثل ما قدّمناه نحن في العبد الّذي جعل صداقاً فاطّلع فيه على عيب بعد أن فات لمّا كان ليس لهذا العبد الّذي هو الصّداق ثمن معلوم. فكذلك هاهنا لمّا لم يجب الرّجوع بمقدار العيب من رأس مال السلم، لكون العبد المسلم فيه في

---

(1) هكذا ولعل الصواب يتصور.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مائتا.

الذّمّة، وجب اعتبار مقدار العيب من قيمة العيب[1] نفسه. وأنكر الشّيخ **أبو محمّد بن أبي زيد** هذا القول وقال: لم يجعله قبض بعض سلمه، فيرجع شريكاً، كما قال **سحنون**، ولم يقبض شيئاً منه فيردّ قيمة ما قبض ويرجع بعبد كامل. وقد ذكر في **المدوّنة** فيمن باع سلعة بمائة دينار، ثمّ أخذ عن ثمنها سلعة أخرى فوجد بالسلعة الثانية عيباً، أنّه إنّما يردّ هذه السلعة الثّانية بالعيب. وتبقى المائة دينار ثابتة في ذمّة المشتري يطالبه بها بائع السلعة الأولى. قال: وهذا ما لا اختلاف فيه. وهو كمن باع طاماً فأخذ بثمنه طعاماً، فإنّ الفسخ إنّما يكون في السلعة الأخيرة.

وهذا الّذي أشار إليه في الاقتضاء من ثمن الطّعام طعاماً قد كنّا نحن تكلّمنا عليه وذكرنا الاختلاف في بياعات الآجال إذا باع سلعة بثمن مؤجّل ثمّ اشتراها بثمن نقداً أقلّ ممّا باعها به، أنّ البيعتين جميعاً يفسخان على أحد القولين على التّفصيل الّذي قدّمناه، من تهمتهما على أنّ الثّمن لغو عندهما، وإنّما دفع دنانير سلفاً ليردّ إليه دنانير أكثر منها قياساً أيضاً على الأخذ من ثمن الطّعام طعاماً. ولو كان العيب وجد في السلعة الأولى، كان أيضاً الثّمن الّذي هو مائة دينار ثابتاً. لأنّ استحقاق السلعة الأولى إنّما يقتضي استحقاق ثمنها، واستحقاق الثّمن لا يوجب بطلان البيع، على ما سنبسطه في موضعه إن شاء الله تعالى.

قال القاضي أبو محمّد رضي الله عنه: وإذا رضي المبتاع بالعيب لم يكن له ردّه. وكذلك إذا تصرّف في المبيع أو استعمله بعد علمه بالعيب، كان ذلك رضى منه، ولم يكن له الرّدّ. فإن تصرّف مضطّراً، ففيها روايتان.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل ثلاثة أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ هل يمكّن المشتري من التصرّف في المبيع المعيب إذا علم بعيبه أم لا؟

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب العبد.

2 ـ وما الّذي يعد منه عَلَماً على الرّضا بالعيب؟

3 ـ وما صفة الرّضا بالعيب؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال:

المبيع هاهنا ثلاثة أقسام: عقّار وثياب وحيوان.

فأمّا الدّور وما في معناها، فإنّ المشتري لا يقضى عليه بإخلائها والانتقال عنها، وهو يخاصمه في العيب، لأنّ ذلك غلّة وخراج، والخراج بالضّمان، وضمانها منه.

وأمّا الثّياب، فليس له أن يلبسها، لكون اللّباس نقصاً من أجزائها، وليس له إتلاف بعض المبيع وهو يحاول ردّه بالعيب.

وأمّا الحيوان، فإن كانت جارية، فليس له أن يطأها، لأنّ الوطء إنّما يباح فيما يستقرّ ملكه استقراراً مؤبّداً. (في هذا)[1] والمشتري إذا وطئها وهو يحاول نقض ملكه فيها، وردّ البيع من أصله، لم يصغ[2] له ذلك احتياطاً للفروج.

وأمّا استخدام العبد وركوب الدّابّة ففيه قولان. المشهور أنّه يمنع من ذلك. وذهب **ابن حبيب** إلى أنّه لا يمنع منه قياساً على العقار، ولأنّ الخراج له والنّفقة عليه، فلا يمنع من الإنتفاع بالمبيع.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: أمّا كلّ فعل لا يقع في العادة إلاّ رضى من المشتري بالتمسك بالمبيع، فإنّه إذا ظهر ذلك منه، لم يكن له ردّ البيع. وما كان من التّصرّف مشكلاً، لم يقض عليه، بكونه/ علماً على الرّضا. وهذا هو الأصل المعتبر في أمثال هذا. وقد كنّا قدّمنا ذكره مبسوطاً في كتاب بيع الخيار.

فأمّا اختلاف قول **مالك** رضي الله عنه في تصرّف المضطّر، فإنّ **ابن القاسم** روى عنه أنّ المسافر إذا اطّلع على عيب بالدّابّة فركبها إلى أن أعادها وقدم بها

(1) هكذا في النسختين.

(2) هكذا في النسختين بالصاد، ولعل الصواب: يَسُغْ.

على صاحبها، فإنّ ذلك لا يعدّ رضى منه. وروى **أشهب** أنّ ذلك لا[1] يعدّ رضى منه.

فقدر **ابن القاسم** أنّ المضطّر هاهنا للتّصرّف علماً كالمكره على التّصرّف. والمكره على الفعل لا يُعتقد فيه أنّه مريد الفعل إرادة رضا به كإرادة المختار.

وقدّر **أشهب** أنّه لمّا كان اعتقاده ردّها ونقض البيع، لم يعذر بركوبه ولا صار كالمكره عليه لقدرته على ركوب غيرها، أو التّوصّل بأمر سواها، فكان ذلك رضى منه.

ولو أنّ المشتري اطّلع على عيب وربّ السلعة غائب ببلد آخر، وأشهد بالعيب وباعها، فإنّ في **الموّازيّة** أنّ ذلك يسقط حقّه في العيب. فقال **ابن الموّاز** إلاّ أن يكون ببلد لا سلطان فيه، أو متناول[2] بعيد، فلا يسقط حقّه. وقدّره معذوراً بهذا لمّا صار مغلوباً على ما فعل.

ولو أنّ العيب لم يثبت ولكن اعترف البائع به، وهو ممّا لا يشاهد، فإنّ المشتري بالخيار بين أن يصدّقه فيردّ البيع بالعيب، أو يكذّبه ويتّهمه بأن يكون قال الكذب ندماً على البيع، ويبقى ما أقرّ به موقوفاً حتّى يظهر صحّة ما قال، فيكون للمشتري حينئذٍ الرّدّ.

وذكر في **الموّازيّة** أنّه إذا ردّ المشتري إقراره بالعيب ولم يقبله منه ثمّ أراد أن يرجع إلى قبول ذلك منه ويردّ المبيع، فإنّه/ لا يمكن من ذلك إذا لم يثبت العيب، إلاّ أن يكون البائع متمادياً على إقراره بالعيب.

وهذا الّذي ذكره **ابن الموّاز** أجراه مجرى من أقرّ لإنسان بدين فكذّبه في إقراره له، فإنّ هذا المكّذب للإقرار إن رجع إلى تصديق المقرّ، قبل أن يرجع عن إقراره، فإنّه يؤخذ بمقتضى إقراره. ورأى أنّه قد تعلّق للمقرّ بالعيب حقّ في إسقاط الرّجوع عليه، فلا يمكن المشتري من الرّجوع فيما أسقطه إلاّ أن يتمادى

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف (لا).

(2) هكذا في النسختين، ولعله: بمنزل بعيد.

هذا على الإقرار، فيصير كالمستأنف إقراراً بحقّ.

وذكر عن **أشهب** أنّ هذا العيب الّذي أقرّ به البائع لو قامت بيّنة به، فإنّ المشتري لا يسقط تخييره بين الاستمساك بالبيع أو ردّه، إلاّ أن يوقفه القاضي ويقضي عليه بالواجب.

وقال بعض الأشياخ: إنّ البائع لو قال: إنّ عبدي أبق، فلم يصدّقه المشتري، فأبق العبد فمات، فإنّ للمشتري ارتجاع الثّمن، لكون البائع مقرّاً على نفسه أنّه لا يستحقّ المال الّذي أخذ. وهذا الّذي قاله يصحّ إذا تمادى البائع مقرّاً على نفسه إقراره، ورجع المشتري إلى تصديقه على حسب ما كنّا أشرنا إليه.

وإذا تقرّر هذا فاعلم أنّ العيب أيضاً إذا وجب للمشتري الرّدّ به وقضى له القاضي بذلك ونفذ الحكم بردّ المبيع، فإنّه لا إشكال في أنّ البيع انفسخ.

ولو تراضى المتبايعان بالفسخ وعقداه على أنفسهما، لكان ذلك كحكم الحاكم عليها أيضاً.

فإن لم يقع حكم بالفسخ ولا تراضٍ به لكن قال المشتري بعد ثبوت العيب: إنّي فسخت البيع. فإنّ هذا ممّا اختلف النّاس فيه.

فذكر **ابن القصّار** من أصحابنا أنّ مذهب **مالك والشّافعي** وقوع الفسخ بمجرّد قول المشتري، وإن لم يقع، حكم به.

وذهب **أبو حنيفة** إلى ما قالاه في هذا إذا كان المبيع لم يقبضه المشتري. فأمّا إذا كان قد قبضه المشتري/ فإنّه لا يفسخ البيع إلاّ بحكم حاكم أو تراض بالفسخ. وعمدته في هذا أنّ الموجب للرّدّ هاهنا إنّما[1] اختلف في حصوله، وربّما اتّفق على حصوله، واتّفق في كونه عيباً حتّى يقول قوم هذا عيب ويقول آخرون ليس بعيب. وإذا كان الأمر كذلك، صار ذلك كالمسائل الاجتهاديّة لا

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ربما.

يثبت الحكم فيها إلاّ بإنفاذ حاكم له، يرفع بحكمه هذا الاختلاف الّذي أشرنا إليه.

وأصحابنا وأصحاب **الشّافعي** يناقضونه في هذا الّذي قال بتسليمه وقوع الفسخ بقول المشتري: فسخت البيع، إذا كان لم يقبض المبيع. وما اعتلّ به يتصوّر قبل القبض وبعد القبض، وكون المبيع مستقرّاً بعد القبض استقراراً متمكّناً.

وقد كثر التّنازع في مسائل خلافية، هل يفتقر إلى حكم أم لا؟ كما اختلف عندنا فيمن مثّل بعبده،/ هل يفتقر عتق العبد إلى حكم أم لا؟ إلى غير ذلك من المسائل.

ويقول أصحاب **أبي حنيفة** في مسئلتنا هذه يفتقر الفسخ بالعيب إلى حكم. كتخيير الأمة المعتقة تحت عبد لأجل ما طرأ عليها من عيب في هذا النّكاح، مع اختلاف النّاس في اشتراط العبوديّة في الزّوج، أو إثبات تخييرها ولو كان الزّوج حرّاً.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: إذا وقّف البائع المشتري على عيب، عيّن موضعه، وأراه إيّاه، وأعلم جنسه ومقداره ظاهراً وباطناً، وعقد البيع على ذلك، فلا إشكال في كون هذا رضى به. وأمّا إذا لم يكن الأمر كذلك ولكن اقتصر في رؤية العيب على مشاهدة لا تقتضي الإحاطة به، أو تبرأ إليه منه بخبر ولفظ وفيه احتمال، فإنّه إذا باع منه دابّة ولها دبرة، فأراه البائع الدّبرة، ولم يحط المشتري علماً بباطنها، وظهر من باطنها ما لم يُنْبِ عنه ظاهرها، فإنّ البائع إذا كان عالماً بذلك، ولم يبيّنه، كان للمشتري الرّدّ به، لكون البائع كالمدلّس، ومن دلّس بعيب ردّ عليه به. وإن كان البائع لا يعلم باطنها وإنّما يعلم منها ما يعلم المشتري، فإنّه يجري ذلك على حكم العيب الباطن في الخشب وما في معناها. وقد كنّا قدّمنا اختلاف قول **مالك** فيها، وإنّ المشهور من المذهب ألاّ ردّ بذلك.

وهكذا ذكر **ابن حبيب** عن أصحاب **مالك** في هذا الوجه إذا استوى علم البائع والمشتري بباطن هذه الدّبرة.

وعارضه بعض المتأخّرين فناقضه بقوله في الخشب إنّما لا يردّ بالعيب الباطن إذا كان ذلك من أصل الخلقة، أو حدث بعد الخلقة، لكون ما حدث بعد الخلقة قد يعلمه قوم دون قوم (أم لا)[1]؟ هذا إذا اقتصر في التبرّي من هذا العيب على النّظر.

وأمّا إن اقتصر فيه على الخبر مجملاً، مثل أن يقول البائع: أبرأ إليك من دبرة بظهر هذه الدّابّة. والدّبر يختلف، فإنّ مذهب **ابن القاسم** صحّة هذا البيع، وكون البراءة لا تتضمّن إلاّ اليسير من هذا العيب.

وذهب **أشهب** أنّ البيع فاسد.

وكذلك لو برىء من كيّ بالعبد، فإنّ الخلاف فيه على حسب ما ذكرناه.

ومقتضى هذا أن تكون البراءة من الإباق مجملاً تقتضي فساد البيع على رأي **أشهب**. لكن ذكر **ابن الموّاز** عن **أشهب** أنّه وافق **ابن القاسم** في الإباق، وأنّ البيع لا يفسد ويبرأ من الإباق اليسير. فإن كان إلى موضع بعيد أو أبق مرّتين، فإنّ المشتري له الرّدّ. قال **ابن الموّاز**: ومذهب **ابن القاسم** أحبّ إلينا، وقد أضعف أشهب جوابه لِما قال في الإباق.

وأشار بعض الأشياخ/ إلى أنّ هذا اختلاف من قول **أشهب**. وكان بعض أشياخي يرى أنّ هذا اللّفظ إن تفاهما منه العيب اليسير، فإنّ البيع لا يفسد ويبرأ البائع من اليسير.

ولا يحسن الخلاف في هذا كما لو صرّح به. وإن تفاهما إلزام البيع المشتري، على أيّ حال كان العيب من عظم وصغر يختلف فيه الثّمن اختلافاً كثيراً، فإنّ هذا يفسد به البيع. ولا يحسن أيضاً الخلاف في هذا. فهذا حكم الاقتصار من عيب على نظر أو خبر.

والأظهر في الرّوايات جواز الاقتصار فيه على خبر يتضمّن حقيقة. وإن

---

(1) هكذا في النسختين.

كان قد وقع في بعض الرّوايات ما يوهم جواز الاشتراط للنّظر.

وقد ذكر في الآثار أنّه لا يبرأ بقوله: أبيعك لحماً على بارئة[1] من العيوب. قال النّخعي: لا يبرأ حتّى يضع على العيب يده. والتّحقيق في هذا أن ينظر إلى الخبر عن العيب. فإن كان لا يقوم مقام مشاهدة، ولا يقتضي الإحاطة بالعيب، بل كون الاقتصار على الخبر ركوباً للغدر، فإنّ ذلك لا يجوز الاقتصار عليه مع القدرة على المشاهدة. وإن كان خبراً يقوم مقام العيان، فهذا لا يمنع من الاقتصار عليه. وسنستقصي حكم الاقتصار على الخبر عن المبيع مع إمكان النّظر من غير ضرورة في موضعه إن شاء الله تعالى.

وقد ذكر في الموّازيّة أنّ العيب لا يبرأ منه البائع، ولو ذكره، إلاّ أن يقول: هو بالمبيع. وقدّر أنّه إذا قال: أبيعك هذه الدّابّة وأبرأ إليك من كذا. ولم يقل: إنّه بها، فإنّ ذلك لا يجزي، لما يمكن من اعتقاد المشتري أنّ هذا القول أَوْرَدَهُ البائع على جهة المبالغة والاحتياط، وإن لم يكن بها هذا العيب.

ورأى بعض أشياخنا أنّ المفهوم من هذا كون هذا العيب بها، فتصحّ البراءة، وإن لم يقل إنّه بها.

وكذلك لو ذكر عيوباً كثيرة بالمبيع، منها ما ليس بالمبيع، فإنّه لا يبرأ البائع بذلك لكونه لفف العيوب الحاصلة، والمشتري قد يعتقد أنّ بالمبيع من العيب من جملة ما لفف، وهو ليس بالمبيع، بل المبيع سالم منه. ولهذا قال ابن الموّاز لا يبرأ إلاّ أن يذكر العيب مفرداً، لا يخلطه بغيره، ويقول: إنّه به. وإلى هذا أشار ابن حبيب أيضاً. ولكنّه.

قال القاضي أبو محمّد رضي الله عنه: ويجوز البيع بشرط البراءة في الرقيق دون غيره، ويبرأ من كلّ عيب لم يعلمه، ولا يبرأ ممّا علمه فكتمه.

قال الإمام رحمه الله يتعلّق بهذا الفصل ثمانية أسئلة، منها أن يقال:

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: براءة.

1 ـ هل يجوز اشتراط البراءة من العيوب في عقد البيع أم لا؟
2 ـ وهل يشترط في جوازها أن يكون البائع غير عالم بما تبرّأ منه أم لا؟
3 ـ وهل تجوز في سائر المتملكات أم لا؟
4 ـ وهل تجوز في سائر العقود أم لا؟
5 ـ وهل تجوز في كلّ العيوب أم لا؟
6 ـ وما حكم التّداعي في البراءة؟
7 ـ وما الحكم في الأيمان إذا طُلبت(1)؟.

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: اختلف النّاس في جواز البيع على البراءة على الجملة، فمنعه قوم وأجازه آخرون.

فالمشهور من مذهبنا جوازها على الجملة. وهو مذهب **أبي حنيفة** وأحد أقوال **الشّافعي**. لأنّ من أصحاب **الشّافعي** من يحكي ثلاثة أقوال: المنع على الإطلاق، والجواز على الإطلاق، والتّفرقة بين ما علمه البائع وما لم يعلمه في البراءة في بيع الحيوان.

وعندنا رواية عن **مالك** في منع بيع البراءة مطلقاً من غير اعتبار بكون البائع عالماً بما يبرأ منه أو غير عالم. ومن المتأخّرين من يحكي هذه الرّواية عن **مالك** حكاية مقيّدة. فيقول: لم يختلف قوله في جواز البراءة من العيب اليسير، ولا في ثبوت البراءة في بيع السلطان، ولا في سقوط عهدة الثّلاث. والسنة في البيع/ الثابت (بياض)(2).

وسبب هذا الاختلاف أنّ الشّرع ورد بالنّهي عن بيع الغرر، واشتراط البائع على المشتري ألاّ يردّ عليه بعيب يطّلع عليه يتضمّن عقد الشّراء على مبيع غير معلوم ولا محاط به. وبيع ما لا تعلم حقيقته لا يختلف في منعه، كبيع ما في

(1) لا وجود في النسختين إلا لسبعة أسئلة. ويمكن استرواح الثامن من الجواب عليه هكذا: وهل لعلم السلطان بالعيب أثر في الرد بالعيب؟
(2) بياض في النسختين بمقدار خمس كلمات في المدنية ومقدار ثلاث كلمات في الوطنية.

يده أو ما في هذه من حيتان. لكون المشتري دخل على أنّ العبد المشترى إن وجده أعمى أصمّ أبكم، لزمه الشّراء بالثّمن الّذي بذل. وإن وجده على صفة كمال سالماً من العيوب، كان ذلك له. وهذا واضح ما فيه من الخطر والغرر.

ووجه الجواز على الجملة ما أشار إليه **ابن حبيب** من حكم **عمر بن الخطّاب** و**عثمان بن عفّان** رضي الله عنهما، بإمضاء البيع المشترط فيه البراءة. وقد ألزم **عثمان بن عفّان عبد الله بن عمر** لمّا باع[1] بالبراءة، الثّمنَ، لمّا اطّلع على عيب لم يعلم به حين العقد. فلو كان العقد عنده فاسداً، ويراه غرراً، لم يغرمه الثّمن. ولا يفسخ العقد ولو تراضيا بإمضائه مع كون الضّرورة قد تمسّ إلى ذلك وتدعو إليه الحاجة والمصلحة. فعفي عنه كما يعفى عن عقود تضمّنت غرراً للضّرورة الدّاعية إلى العفو عن ذلك.

وهذا إذا قيل فيه: إنّ قول الصاحب حجّة بمجرّده، وإن خالف القياس، كان للاحتجاج بما حكيناه عن الصّحابة، رضي الله عنهم، عمدة في هذا. وإن قلنا: إنّ القياس مقدّم على قول الصّحابيّ، فقد قال بعض البغداديين: إنّ المنع وإن أدّى إليه قياس قويّ كما/ ذكرناه، فإنّ في مقابلته قياساً ضعيفاً، وهو ما أشرنا إليه من الضّرورة الدّاعية إلى العفو عن هذا. وهذا القياس وإن كان ضعيفاً، فإنّه يترجّح على القياس القول بمذهب الصّحابيّ رضي الله عنه.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: اختلف المذهب عندنا في بيع البراءة ممّا علمه البائع من العيوب. وأجاز ذلك **أبو حنيفة والشّافعي**، في أحد أقواله، على ما تأوّله عليه بعض أصحابه.

والدّليل على المنع، مع العلم بالعيب، أنّ البائع إذا كانت العيوب لم يعلم بها، فالظّاهر سلامة المبيع من العيب، والظّاهر صدقه أيضاً لتحسين الظّنّ به سومح في ذلك.

وإذا قال: لا أعلم بما بعت عيباً، فإن ظهر بعد العقد فأنا بريء منه. فكان

---

(1) أي: اشترى.

الظّاهر سلامة المبيع، وصدقه في هذا كعيب يستوي في الجهل به المتبايعان، وما استوى في الجهل به المتبايعان، لم يردّ به البيع، كعيب الخشب، على حسب ما قلناه وحكيناه من المذهب المشهور عندنا. وإذا كان البائع عالماً ارتفعت العلّة، وتبيّن القصد إلى المخاطرة والغرر، لأنّ البائع قادر أن يذكر ما علمه من العيوب بعبده من غير مشقّة عليه في ذلك، ولا ضرورة تدعو في إضرابه عن ذكره. فصار عقداً على ما يعلم حقيقته، والمشتري لا يعلم حقيقته، وهو قادر على أن يعلمه إيّاها، وهذا لا يجوز.

وقد احتجّ أصحاب أبي حنيفة على الجواز بأنّ البائع لو باع ثوباً مرفوّاً، وأرى رفوه إلى المشتري، والبائع يعلم كون الرّفو عيباً، والمشتري لا يعلم كونه عيباً، فإنّ البيع جائز، مع كون البائع إنفرد هاهنا بعلم.

وأجيب عن هذا بأنّ البائع قد أعلم المشتري بحقيقة هذا العيب، وأنكر المشتري جهل القيمة، وكون هذا الرّفو يحطّ منها، وهذا الجهل لا يمنع صحّة البيع كما لا يمنع منه كون البائع غبن المشتري بجهل/ القيمة، ومعرفته.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: اختلف قول مالك في بيع البراءة على أقوال:

منها حكايته عنه من منعه مطلقاً.

ومنها جواز ذلك مطلقاً في سائر المبيعات عرضاً كانت أو حيواناً. ذكر ذلك عنه ابن حبيب. وحكاه عن ابن شهاب وربيعة ويحيى ابن سعيد وابن وهب من أصحاب مالك. وحكاه غيره عن ابن كنانة.

وحكي عنه منع ذلك في العروض وإجازته في الحيوان الصامت والنّاطق.

وذكر مالك في كتابه، وحكي عنه، جوازها في الحيوان النّاطق خاصّة. وقد كنّا قدّمنا مصير بعض المتأخّرين إلى أنّه لم يختلف قوله في العيب اليسير، على حسب ما كنّا قدّمنا حكايته عنه.

وسبب هذا الاختلاف أنّ بيع البراءة إذا كان إنّما عفي عنه لاستواء البائع/

والمبتاع في الجهل بالعيب، اقتضى ذلك جواز بيع البراءة في العروض وسائر المتملّكات. لكن من قصر ذلك على الحيوان قال: إنّ الحيوان كلّه تتلوّن أحواله بالصحّة والسقم، ولا يكاد يحاط بعيوبه، فيقوى تصديق المشتري بأنّه جهل العيب الّذي فيه، حتّى يعتقد أنّه قد استوى علمه وعلم البائع في العيب. بخلاف العروض.

وأمّا من قصر ذلك على الحيوان النّاطق، فإنّ من المتأخّرين من ذهب إلى علّة، ومنه من ذهب إلى عكسها. فقيل: إنّ الرّقيق يخبر بعيبه، لكونه ممّن ينطق ويعرب عن نفسه. وإذا لم يقع منه سكوت لسيّده لمرض أصابه، لم يعلم سيّده ما به فعذر سيّده لكونه جاهلاً للعيب وصدق فيما قال.

ومنهم من قال: إنّ الرّقيق يكتم عيبه، ويستره عن سيّده، مخافة أن يزهد فيه فيبيعه. فعذر السيّد في جهله بعيبه، وصدّق في أنّه لا يعلم ما به، بخلاف البهائم الّتي لا تخبر بعيبها.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال: أطلق العلماء من أصحابنا وغيرهم ذكر الخلاف في بيع البراءة من غير تعرّض لتفصيل العقود. وينبغي أن يلتفت في هذا إلى تقييد في هذا الإطلاق.

فإنّ من المعاوضات ما يشترط فيه التّماثل ولا يجوز فيه الرّبا والتّفاضل، كما قدّمناه في كتاب الصرف، وكتاب السلم.

وإذا كان الأمر كذلك، فإنّ القرض وما في معناه لا يجوز فيه اشتراط البراءة من العيب، لأنّ ذلك قد يوقع في اشتراط الزّيادة والتّفاضل. لأنّ من أقرض عبداً فشرط التبرّي من سائر عيوبه الّتي يعلمها واشترط في القضاء عبداً سليماً، فإنّ هذا نوع من اشتراط الزّيادة في السلف، وذلك لا يجوز.

وقد قدّمنا في كتاب السلم ما يجوز أن يعجّل من الدّيون الثّابتة في الذّمّة سلماً أو قرضاً قبل أجله، وما لا يجوز من ذلك. ومنها ما يمنع فيه التّعجيل المشترط فيه الزّيادة أو النّقص.

والتّبرّي من العيب يتضمّن شكّاً في الزّيادة أو نقصاناً، والشّكّ في حصول الرّبا في العقود كتيقّن حصول ذلك.

وهكذا جرى الأمر في بياعات العرُوض الّتي لا يجوز التّفاضل فيها، كبيع صاع قمح بصاع قمح على أن لا قيام بعيب في أحدهما، فإنّ ذلك يمنع، إذا أجزنا البراءة في عيوب الطّعام والعروض. والشّكّ فيه من حصول التّفاضل بين الطّعامين، والشّكّ في حصول التّفاضل كالتّيقّن به. ونحن وإن كنّا نجيز صاع قمح طيّب بصاع قمح دنيء، ولا نلتفت في أحكام الرّبا إلى اختلاف الصفات، وإنّما نلتفت إلى اختلاف المقدار، فإنّ هذا إنّما يصحّ/ مع اطّلاع المتعاقدين على صفات الطّعامين، فيكون ذلك تراضياً بالعيب.

وأمّا إذا وقع الاشتراط في أن لا ردّ بعيب، فإن ذلك يصير/ العقد إلى المماكسة والقصد إلى التّفاضل في الصفات، على حسب ما كنّا قدّمناه في أحكام المراطلة في مسائل صوّرناها هناك.

وإن استوى وزن الذّهبين، فهذا عندي ممّا ينظر فيه مع القول بجواز البراءة في عيوب الطعام والعروض. لكن بيع البراءة غررٌ، وينضاف إليه ها هنا منع آخر وهو ما أشرنا إليه في أحكام الرّبا.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

أمّا اختلاف حال المتبايعين فإنّه لم يثبته مالك مرّة، بل ساوى بين سائر البائعين في جواز التّبرّي من العيوب وفي المنع من ذلك. وقد كنّا قدّمنا أنّ بعض المتأخّرين ينكر الخلاف عنه في كون بيع السطان بيع براءة. واعتلّ الشّيخ **أبو القاسم بن الكاتب** بكونه لم يختلف قوله في بيع السلطان خاصّة، واختلف قوله فيما سواه، على حسب ما حكيناه، لأجل أنّ بيع السلطان على المفلس أو لقضاء ديون من تركة ميّت حكمٌ منه بالبيع، وبيع البراءة مختلف فيه كما قدّمناه، والسطان إذا حكم بأحد أقوال العلماء لم ترد قضيّته عند من يرى خلاف رأيه فيما حكم به.

وهذا الّذي قاله الشّيخ أبو القاسم فيه نظر عندي، لأنّ السلطان لم يتعرّض في البيع إلى خلاف أو وفاق، ولا قصد إلى حكم بإنفاذ بيع على البراءة فينفذ حكمه، وإنّما فعل في نفسه فعلاً أوجبه الشّرع عليه من قضاء ديون من تركة ميّت أو بيع مال مفلس، ولم يقصد إلى إمضاء الحكم بجواز البراءة وإنفاذها، وإنّما المقصود إيصال أهل الحقوق إلى حقوقهم. فلم يجر هذا مجرى ما قصد إلى الحكم به. وسنبسط القول في أحكام القضاء بما اختلف النّاس فيه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وبعض أشياخنا يثبت الخلاف في بيع البراءة، ولو كان السلطان هو الّذي تولّى البيع، ويتعلّق بقول **سحنون**: إنّ مالكاً قال، في القديم، بيع السلطان وبيع الميراث لا قيام فيه بعيب ولا بِعهدة، على حسب ما ذكره **سحنون** في هذه الرّواية. فقوله: كان يقول في القديم إشارة منه إلى أنّه له قولٌ آخر، وإن كان البيع بيع السلطان. فقال **ابن القاسم**: إذا بيع عبد على مفلس فللمشتري أن يردّه بالعيب. وهذا أيضاً إثبات الخلاف في بيع السلطان.

وأمّا بيع الورثة لقضاء الدّيون وتنفيذ وصايا، فإن فيه الخلاف المشهور، فاقتصر مرّة على ثبوت البراءة في بيع السطان، ومرّة أخرى أضاف إلى ذلك بيع الميراث ومراده في بيع أهل الميراث ما باعوه لقضاء دين أو إنفاذ وصيّة. وأمّا ما باعوه لأنفسهم، بحكم الانفصال من شركة بعضهم لبعض، فلاحقٌ ببيع الرّجل مال نفسه بالبراءة. فظاهر المذهب/ يقتضي اختلافاً في بيع البراءة، هل يصحّ بالاشتراط أو لا يصحّ ويثبت[1] إلا لمن اقتضى الحكم كون مطلق بيعه بيع براءة. فإذا قلنا: لا تصحّ البراءة إلاّ في بيع السلطان، أو في بيعه وبيع الورثة، ونفينا بيع البراءة في حقّ هذين[2] وإن اشترطوهما[3]، تضمّن ذلك كون الشّرط

(1) هكذا في النسختين، ولعلها على معنى النفي أي: ولا يثبت.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في حق غِير هذين.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: اشترطوها.

لا يؤثر فيها. وإن قلنا: تصحّ البراءة لمشترطها، وإن لم يكن سلطاناً ولا وارثاً، اقتضى ذلك ثبوتها بالاشتراط.

وقد قال مالك في الموطّأ: من باع عبداً أو وليدة من أهل الميراث أو/ غيرهم على التبرّي، فقد برىء من كلّ عيب. وهذا الإطلاق يقتضي ثبوتها بالاشتراط لقوله: أهل الميراث أو غيرهم. وكأن من يثبتها بالاشتراط يرى أنّ علّة الجواز استواء البائع والمبتاع في الجهل بالعيب، على حسب ما قدّمناه. فإذا اشترط البراءة فقد أخبر أنّه جاهل بالعيب كجهل المشتري به، فصحّ اشتراطه. وإن قلنا: إن الاشتراط لا يؤثر فيمن لا يقتضي مطلق بيعه البراءة، فإنّ ذلك مبنيّ على أنّ ما لا يقتضيه من البراءة إطلاق العقد فلا يقتضيه الاشتراط، كما لو اشترط البائع البراءة ممّا علمه من العيوب فكتمه، فإنّ ذلك لا ينفعه لمّا كان إطلاق عقد البراءة لا يتضمّن البراءة من عيوب يعلمها البائع.

فإذا تقرّر هذا وقلنا إنّ بيع السلطان يقتضي إطلاقُه البراءة من العيوب، فإنّ ذلك يشترط فيه أن يكون المشتري عالماً بأنّ السلطان هو الّذي باع، أو باع من أمره السلطان بالبيع. فإن لم يعلم ذلك وظنّ أن البيع واقع ممّن لا تنفذ أحكامه، بل هو بيع رجلٍ مالَ نفسه، فإنّه لا يسقط مقاله في العيب، ويكون بالخيار بين أن يتمسّك بالمبيع على البراءة من العيوب أو يردّه.

وقيل: لا مقال له في العيوب. وهذا يحمل على أنّ من ذهب إلى هذا اعتقد أنّه ادّعى ما لا يشبه، لكون بيع السلطان لأنّه في غالب العادة إنّما يكون في مجمع واحتفال.

وأمّا لو كان البيع وقع من الورثة لقضاء دين أو إنفاذ وصايا، أو من وصيّ باع لقضاء دين أو إنفاذ وصيّة، لا لإنفاق على من في ولايته، فإنّ المشتريَ إذا لم يعلم بذلك فإنّه لا يسقط حقّه في القيام بالعيب، لكون هذا ممّا قد يخفى عن المشتري حال البائع. بخلاف بيع السلطان الّذي قلنا على أحد القولين إنّه لا يخفى ذلك. وبيع الوصيّ تثبت فيه البراءة بشرط أن يبيع لِدين أو لإنفاذ وصيّة.

فأمّا بيعه لحاجة الورثة، فلاحقٌ ببيع الإنسان مالَ نفسه لكون الدّيون والوصايا يجب إنفاذهما، ومن حقّ أهلها أن يعجّل لهم حقّهم إن طلبوه. والسلطان والورثة والوصيّ جاهلون بحال المبيع، وهم مطالِبون باستعجال البيع./ فحمل بيعهم على البراءة لأجل هذا، بخلاف بيع الإنسان مال نفسه.

ولو باع الورثة بشرط البراءة ولم يعلم المشتري أنّ البائع منه وارث، لصحّت البراءة، لكون الاشتراط ها هنا صادف محلاًّ للحكم فيه، مع إطلاق البراءة من العيوب، فروعي حكم المحلّ لمّا ضامّه الاشتراط. بخلاف بيع رجل مال نفسه الّذي لم يرثه، لكون الاشتراط للبراءة لم يصادف محلاًّ يوجب إطلاق البيع فيه البراءة. وإذا صادف الحكم محلّه نفذ وإن لم يعرف لمحلّه. وهذا غير الّذي ذكر **ابن القاسم**[1] من ثبوت البراءة يشبه من تزوّج امرأة زوجها غائب، وهذا الزّوج لم يعلم بموْت الزّوج الغائب، فلم يفسح نكاحه حتّى ثبت أن الزّوج الغائب مات وانقضت عدّة الزّوجة منه قبل عقد هذا الرّجل الثّاني نكاحه، فإن النكاح يمضي لمّا صادف محله وإن جهل في ظاهر الأمر حصول المحلّ.

وكذلك من قام إلى خامسة في صلاة الظّهر عمداً، فإذا به قد فسدت عليه ركعة يجب قضاؤها حتّى صارت الرّكعة المزيدة وقعت في محلّها، فإن هذا يجري مجرى واحداً.

وقد تكلّمنا على ما قيل في هذا في كتاب الصّلاة من كتابنا هذا.

وقد اختلف المذهب في اشتراط البراءة إذا باع الإنسان مال نفسه، هل يسوغ له ذلك، و[2]إن لم يختبر المبيع، وإنّما باعه/ بحِدْثان ملكه له، أو لا يسوغ له ذلك إلاّ بعد اختبار المبيع؟ فالمشهور أنّه لا ينفعه التبرّي من عيب إلاّ بعد أن يكون مختبراً للمبيع. فقال في التّجّار يقومون بالرقيق فيبيعونه بالبراءة، ولم تطل إقامة الرّقيق عندهم، : هؤلاء يريدون أن يذهبوا بأموال النّاس باطلاً،

---

(1) هكذا في النسختين.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف الواو.

فلا تنفعهم البراءة. وقيل: تجوز البراءة في هذا. ذهب إلى هذا عبد الملك وغيره. وإحتجّوا بكون السلطان والورثة بيعهم بيع براءة وهم[1] يختبروا البيع.

وقد يجاب عن هذا بما كنّا قدّمنا الإشارة إليه من كون السلطان إنّما يبيع لدين يقضى يجب تعجيله. والسلطان إن كان لم يختبر المبيع، فإنّ الضّرورة لقضاء الدّيون تقتضي جواز بيعه بالبراءة. وكذلك الوارث إذا باع لقضاء دين أو إنفاذ وصيّة. والّذي باع مال نفسه لم تدع ضرورةُ مراعاةِ حقٍّ غيره إلى استعجال البيع، فمنع من البراءة قبل الإختبار للمبيع.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال: قد قدّمنا أنّ بعض المتأخّرين أنكر اختلاف قول مالك في جواز البراءة من العيب اليسير، وحمل اختلاف قوله على العيب الكثير. ومنهم من يحكي عنه الخلاف مطلقاً. وقال المغيرة إنّما تجوز البراءة في العيب اليسير، كالثّلث فأقلّ، فأمّا إذا زاد على الثّلث،/ فلا تجوز البراءة. فكأن من أجاز التبرّي على الإطلاق يعتلّ بأنّ سبب الجواز كون البائع والمبتاع استويا في الجهل بالمبيع، وما استويا في العلم أو الجهل به جاز العقد عليه واتبع الغرر فيه. وهذا يقتضي جواز البراءة في العيب الكثير واليسير. ومن يمنع البراءة في العيب الكثير، يعتلّ بأنّ الأصل المنع من بيع البراءة لأجل ما فيه من الغرر، على حسب ما بيّناه فيما تقدّم، والغرر إذا خفّ وكان يسيراً غير مقصود، لم يمنع، وإذا كان كثيراً مقصوداً عظم التّخاطر فيه واتّضح الغرر، فوجب أن يمنع. والعيب الكثير ممّا يعظم التّخاطر بخلاف اليسير.

ومن هذا بيع الجارية الرّائعة بشرط البراءة من الحمل، وليس بها حمل ظاهر، فإنّ المذهب المنع من ذلك. واحتجّ صاحب المذهب بعظم الغرر في هذا الاشتراط، وأنّ الحمل يحطّ من ثمنها كثيراً، ومقداراً عظيماً، فوجب أن يمنع هذا التبرّي من الحمل العظيم[2] الغرر فيه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وهم لم يختبروا.

(2) هكذا ولعل الصواب لعظم.

وأجاز التّبرّي من حمل الرّائعة الشّافعي. وكأن الشّافعي لم يفرّق بين سائر العيوب والحمل من جُملتها. وكأن مالكاً رضي الله عنه وأصحابه يرون أنّ ما سوى الحمل مِن العيوب، الظّاهرُ السلامة منها، والبائع يخبر ألاّ عيبَ بالمبيع، فصار الظّنّ بالسلامة من هذه العيوب يرفع الغرر. بخلاف الحمل في الرّائِعة الّذي لا علم عند واطئها بالسلامة منه، فيقول على خبره، ولا الغالب أيضاً، والظّاهر من الحال يقتضي السلامة منه.

وأمّا التّبرّي من حمل أمة من الوخش، فإنّ ذلك جائز عندنا، لكون الحمل لا ينقص من ثمنها مقداراً كثيراً، فلا يقتضي اشتراط التّبرّي منه غرراً، فجاز ذلك.

وإذا منعنا التّبرّي منه في الأمة الرّائعة، فإن البيع إذا عقد على ذلك، سقط الشّرط. وهل يسري ذك إلى فساد العقد أم لا؟ وهل يقع الضّمان بالقبض أم لا؟ هذا يبسط في موضعه إن شاء الله تعالى.

لكن حكى ابن حبيب عن مالك أنّ من باع أمة وهو مقر بوطئها، وشرط التبرّي من الحمل أن الشّرط وإن بطل، فإنّه/ لا يبطل العقد. وأنكر الشّيخ أبو محمّد ابن أبي زيد هذه الرّواية لمّا رءاه شرطاً متّفقاً على فساده. وقال بعض المتأخّرين يلزم على هذه الرّواية أن يجوز التّبرّي من حمل الأمة الرّائعة. كما قاله الشّافعي، وينفذ العقد على ذلك ولا يفسد.

فمن يذهب إلى إمضاء العقد يقدّر هذا كأحد بياعات الشّروط التّي يسقط الشّرط ويصحّ البيع. وقد كنّا تكلّمنا على أحكام الشّروط الفاسدة في كتاب البيوع الفاسدة، وأشرنا إلى ما يعلم منه وجه هذا المذهب.

وعندي في هذه/ المسألة أنّ لو كانت الأمة ذات زوج أو ظاهرة الزّنا، لم تردّ بعيب حمل، لكون المشتري دخل على ذلك، فلا يحطّ ذلك من ثمنها ما يتضمن غرراً في العقد، لكونها معرّضة للحمل.

وقد وقع في بعض الرّوايات فيمن إشترى زوجته فانفسخ نكاحه بشرائها،

ثمّ ظهر بها حمل، أنّ له الرّدّ به. وهذا خلاف مقتضى هذا الّذي أصّلنا.

ولو كان حمل الرّائعة ظاهراً لجاز التّبرّي منه لأن التّبرّي منه إخبار عن أمر مشاهد.

ولو شرط المشتري كونها حاملاً لمنع من هذا الشّرط، رائعة كانت أو من الوخش، لكون المشتري قد زاد في الثّمن لأجل ما اشترط، فهو كشراء الأجنّة وشراؤها لا يجوز.

وكذلك لو اشترط في ناقة أو شاة أو رمكة، فإنّ هذا لا يجوز.

وأجاز أشهب ذلك في اشتراطه حمل رَمَكَة أو شاة. وهكذا ذكر **ابن دينار** عن **ابن كنانة** و**ابن أبي حازم**. وكأن هؤلاء في حكم التبع للأمّهات جائز بخلاف إفراده. كما يجوز اشتراط الثّمرة المؤبّرة إذا بيعت مع الأصول.

فإذا قلنا بجواز الاشتِراطِ للحمل في هذا النّوع من الحيوان فكشف ألاّ حمل فيما اشترط كونه حاملاً، فقد قيل: للمشتري الرّدّ بذلك. وقال **ابن أبي حازم** و**ابن كنانة**: لا يردّ للمشتري بذلك إذا كان البائع يعتقد أنّها حامل، ولم يعلم ألاّ حملَ بها. وكأنه على هذا المذهب إنّما اشترط ظنّ البائع للحمل لا يقينه به، والظّنّ يخطىء ويصيب.

وأمّا اشتراط المشتري ذلك في الرّائعة وكونها حاملاً، فإنّ ذلك محمله محمل التّبرّي من الحمل، لكون هذا عيباً ظاهراً، والعيب لا يشترط إلاّ بمعنى التّبرّي منه. وإن كانت من الوخش فإنّه يرّدها، على حسب ما حكيناه من مذهب من ذهب إلى ردّ النّاقة المشترط حملها إذا لم تكن حاملاً. هذا اشتراط البراءة من الحمل أو اشتراط حصوله.

وأمّا تناول البراءة العامّة من كلّ عيب بالجارية، فإنّ الحمل لا يدخل في هذه البراءة، لأنه إذا لم يجز إفراده بالاشتراط، لم يجب دخوله في لفظ عام لبراءة تجوز. كما لا يشتمل اشتراط البراءة على ما يعلمه البائع من العيوب، لكون ما يعلمه من العيوب لا يجوز إفراده بهذا الاشتراط، وهكذا قال ابن

الموّاز: البراءة العامّة لا يدخل فيها الحمل، ولو اشترط البراءة منه في الرّائعة، لفسد البيع.

وقد حاول بعض المتأخّرين تخريج اختلاف. فقال: قد قال ابن حبيب فيمن اشترى جارية مسبيّة في المقاسم أو وقعت في سهمانه، فإنّه لا يردّها بحمل يظهر. لأنّ بيع المقاسم بيع براءة. قال: وهذا يقتضي دخول الحمل في البراءة العامّة.

وهذا الّذي قاله قد يجاب عنه بأن المسألة مبنيّة أنّ المسألة[1] ذات زوج. وقد قدّمنا أنّ من اشترى أمة ذات زوج فإنّه/ لا يرد بحمل يظهر. فإذا أمكن هذا كان هذا التّحريم فيه نظر. إلاّ أن يحمل ما ذكرنا على جارية مسبيّة ليست بذات زوج. وإذا تقرّر حكم/ البراءة وتأثيرها، وما يجوز منها وما لا يجوز إذا وقع الشّرط في العقد، فإن التّبرّي من العيوب بعد العقد على وجهين.

أحدهما: أن يتبرّأ البائع من عيب ظاهر، فإنّ المشتري يخيّر حينئذ في قبول البيع أو ردّه. كما لو اطّلع على عيب من تلقاء نفسه، وإن لم يكن عيباً ظاهراً، فإنّه لا يلزم المشتري تصديق البائع، بل يقف الأمر على اطلاع المشتري عليه، وتقدّم الكلام على هذا.

وأمّا إن تبرّأ بعد العقد بعوض، فإنه ذكر في المدوّنة فيمن باع دابّة وأتى بعد العقد فتبرّأ من عيوبها على دينار بذله المشتري[2] فإنّ ذلك لا يبريه. وإن كان ذلك في جارية، لصحّت البراءة. قال ابن حبيب: لأنّ ما بعد العقد ملحق به. كما يصحّ استلحاق مال العبد بعد العقد، كما يصحّ اشتراطه في أصل العقد. وكما يشتري مكيلة من صبرة طعام بعد أن باعها والمكيلة بمقدار ما يجوز استثناؤه من الصبرة كيلاً. وهذا الّذي ذكروه بناء على تخصيص الرّقيق بجواز البراءة من عيوبه، ومنع ذلك فيما سواه من الحيوان. وقد ذكر ابن حبيب

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المَسْبيّة.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: للمشتري.

أنّه لو عقد البيع على عشرة دنانير على أن وضع ديناراً من العشرة ليبرأ من العيوب، أنّ ذلك لا يبرئه. قال: كمن تزوّج بعشرة دنانير على أن يسقط عنه دينار على ألاّ يتزوّج على المرأة، فإنّ هذا الشرط لا يلزم.

وتعقّب هذا القول عليه ونقض فيه ما تقدّم من قوله: إنّ ما بعد العقد ملحق بالعقد. فإذا باع جارية بعشرة دنانير ليبرأ من عيوبها، فإنّ العقد، وإن لم يعتبر فيه ما سقط، قد اشترط فيه البراءة، واشتراط البراءة في الجارية في أصل العقد يجوز، وإن لم يخصّ بعوض، واشتراط ألاّ يتزوّج في أصل عقد النّكاح لا يلزم. ولا يبعد هذا الاشتراط على المعروف من المذهب، وهذا يمنعه من قياس اشتراط البراءة على اشتراط ألاّ يتزوّج.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال:

إذا انعقد البيع على البراءة فاطّلع المشتري على عيب، فإنّ الحكم أن يحلف البائع أنّه لم يعلم بالعيب. فإن حلف على ذلك سقط مقال المشتري في الرّدّ، وإن نكل ردّ عليه المبيع بالعيب. وفيما كان ذلك كذلك لأجل البراءة يشترط في تأثيرها كون البائع لا يعلم بالعيب. فلو ثبت أنّ العيب عنده وأنّه باع وهو عالم به، لكان يجب للمشتري الرّدّ. فإذا أمكن علمه بذلك، استظهر عليه باليمين لأجل هذا الإمكان./ فإن حلف فقد رفع يمينه حكم هذا الشّكّ والإمكان. وإن نكل صار كالمقرّ بأنه عالم بالعيب، فيجب الرّدّ عليه، من غير يمين على المشتري، لأنه غير قاطع على علم البائع بذلك. ويجري ذلك مجرى أيمان التّهم التّي لا يرجع اليمين فيها. هذا الأصل المشهور من المذهب.

وإن كان قد ذكر في المستخرجة عن ابن القاسم أنّ البيع لا يرد حتّى يحلف المشتري على أنّ هذا العيب لم يحدث عنده.

وقد تعقّبت هذه الرّواية بأنّه ذكر فيها، أنّ العيب قديم، ثمّ استحلف المشتري على أنّه لم يحدث عنده، ولا يصحّ استحلاف أحد على قول شهدت له بصحّته البيّنة.

واعتذر عن هذا بأن قِدَم العيب لم يثبت يقيناً، وإنّما ثبت بقول علماء الطّبّ، وقد يخطِئون فيما يعتقدون من المداواة والعلل. فلهذا لم يحكم ها هنا بقدم العيب على القطع.

وهذه الرّواية لم يرجع اليمين فيها على المشتري على طباق ما وجبت على البائع، لأنّ طباق ما وجبت على البائع أن يقول المشتري: بالله لقد علمت أيّها البائع بها. ولكن/ هذا لا يلزمه لعدم القطع على علم البائع كما قدّمناه. وإنّما صار في هذه الرّواية إلى استحلاف المشتري لأجل أنّ الأصول تقتضي أنّ اليمين إذا وجبت في محلّ فعدل عنها، انتقلت إلى المحلّ الآخر.

هذا إذا ثبت قدم العيب.

وأمّا الوشكّ في قدم العيب أو حدوثه، فإن فيه قولين:

أحدهما إثبات اليمين، إذا وجبت، لحصول الشّكّ في كون هذا العيب كان عند البائع، وفي كونه علم بما فيه، فيفتقر إلى رفع هذا الإمكان إلى يمين البائع.

وقيل: لا يمين عليه ها هنا لأجل أنّ المؤثّر في الرّدّ علم البائع بالعيب. فإذا ثبت قدم العيب، حلف على نفي إمكان واحد. وإذا لم يثبت قدمه وشكّ في حدوثه عند المشتري، لم يؤثّر إمكان كونه عالماً بالعيب إلاّ بعد إمكان وجه آخر، وهو كون العيب قديماً عند البائع. فلمّا صار الإمكان ها هنا لم يتصوّر إلاّ بواسطة وإمكان آخر ضعف تعلّق اليمين.

هذا هو وجه الاعتبار فيما قدّمناه. لكن عوّل مالك، رضي الله عنه، فيه على قضيّة عثمان بن عفّان، رضي الله عنه، فإنّه حكى في موطئه أنّ عبد الله بن عمر باع غلامه فقام المشتري بعيب فيه، وقال لابن عمر: بعتني، وبه داء لم أعلم به. فاختصما إلى عثمان، رضي الله عنه، فقضى على عبد الله بن عمر باليمين أنّه لم يعلم بالعيب، فأبى أن يحلف، وارتجع العبد، فذهب عنه الداء فباعه عبد الله بن عمر بعد ذهاب دائه بألف وخمسمائة درهم. وقد كان بيعه

الأول بثمانيمائة درهم. فاقتضى هذا الأثر كون البراءة لا تؤثر فيما علمه البائع من العيب. واستحلاف البائع/ على أنّه لم يعلم بالعيب. وقضِيَ بذلك على ابن عمر، رضي الله عنه، ـ وإن كان من الفضل، وبروز العدالة، والمبالغة في الدّيانة، بحيث لا يتّهم، ـ طرداً لهذا الحكم وجَعْلِه كقضيّة كلّية في الصالح وغير الصّالح، كما كنّا قدّمنا في بياعات الآجال واعتللنا به في حماية الذّرائع.

وظاهر هذا الحديث يقتضي ألاّ يوقف يمين البائع على دعوى المشتري أنّ البائع عالم بالعيب، لأنّ عثمان، رضي الله عنه، لم يطلب المشتري أن ينطق بهذه الدّعوى. وهذا هو الأظهر في الرّوايات إذا طالب المشتري استحلافه ولم يدع أنّه عالم بكون البائع عالماً.

وقد قال لبعض المتأخّرين: إنّ الرّواية التّي قدّمناها عن ابن[1] المذكورة في المستخرجة من قوله: إذا نكل البَائع، لم يردّ البيع إلاّ بعد يمين المشتري. يقتضي وقف هذا الحكم على دعوى المشتري: أنّ البائع عالم بالعيب.

وهذا الّذي قاله فيه نظر، لأنّا قدّمنا أنّ هذه الرّواية التّي أشرنا إليها لم يلزم المشتري فيها أن يحلف على أنّ البائع عالم بالعيب. فإنّما تلزمه اليمين على أنّه لم يعلم أنّ هذا العيب حدث عنده. فلا يكون في هذا تعلّق بما أشار إليه. هذا فيما استقراه من هذه الرّواية.

والجواب عن السؤال الثّامن أن يقال: ذكر بعض المتأخّرين أنّ بيع البراءة إذا وقع من السلطان وأهل المواريث الّذين باعوا لِقضاء دين أو إنفاذ وصيّة، فإنّ المشتري إذا اطّلع على عيب قبل أن يفوت الثّمن ويفرّق على الغرماء فإنّ له الرّدّ بالعيب. فإذا فرّق الثّمن على الغرماء، لم يردّ بالعيب.

فحصول تأثير البراءة في بيع السلطان والمواريث، كما قدّمناه، لكون الثّمن قد فات واقتسمه الغرماء. فصارت هذه ضرورة تقتضي منع الردّ بهذا العيب. بخلاف أن تكون البراءة إنّما تثبت باشتراط، على أحد القولين المتقدّمين،

---

(1) بياض في المدنية غير موجود في الوطنية مقداره كلمة ولعلها: القاسم.

فيما باعه الإنسان لنفسه واشتراط البراءة منه، فإنّ المشتري لا قيام/ له بعيب، وإن كان الثّمن حاضراً، لكون اشتراط البراءة من ثبوت حقّ له في هذا العيب.

وهذا فيه نظر عندي لا ينحقّق فرق بين بيع السلطان وبين اشتراط البراءة فيما باعه الإنسان لنفسه في هذا. لأنّ بيع السلطان إذا كان الحكم يوجب البراءة فيه، كان ذلك كبراءة تجب بالاشتراط. بل ربما كان ما يجب حكماً آكد ممّا يجب شرطاً. فهذا ممّا ينظر فيه.

لكن قد وقع في **المدنيّة** في السلطان إذا باع وثبت أنّه علم بالعيب فيما باعه، أو ثبت أنّ الغريم الّذي بيع ذلك عليه عالم بالعيب، أنّ **داود بن جعفر** روى عن **مالك** أنّ المشتري يردّ هذا المعيب إذا كان حاضراً./ فإذا كان فرق على الغرماء لم يرد بذلك، مع كون هذه البراءة قد بطلت بعلم البائع بالعيب، فوجب الرّدّ.

وفرْق بين كون الثّمن قسم على الغرماء أو لم يقسم، فمنع من الرّدّ إذا قُسِم، لكون هذه ضرورة تمنع من ردّ البيع. بخلاف إذا كان الثّمن حاضراً.

وهذه التّفرقة تشير إلى التّفرقة التّي حكيناها عن بعض المتأخّرين فيما يثبت من البراءة حكماً لا شرطاً.

وقد حكي عن **مالك** وابن **نافع**، وغيرهما من أصحاب **مالك**: أنّ العلم بالعيب حين عقد السلطان له الحكم المطالبة بقيمة العيب. وقدّر في هذا القول أنّ هذا المعيب، وإن كان المعيب لم يفت، فإنّه يقدّر كمبيع فات بكون الحكم فيه المطالبة بقيمة العيب، لكون الثّمن اقتسمه الغرماء، ويعسر ردّه منهم.

والمشهور من المذهب تمكين المشتري من الرّدّ إذا ثبت كون السلطان عالماً بهذا العيب حين باع والرجوع بالثّمن على الغرماء.

وقد وقع **لسحنون** فيمن قيم عليه بسقوط أضراس عند بائعه. فقال البائع للمشتري: تبرّأت إليك منها، فأنكر المشتري، فأتى البائع ببيّنة: أنّه باع بالبراءة مطلقاً، أنّ هذا لا ينفعه. لكون قوله: تبرّأت إليك منها تتضمن أنه عالم بهذا

العيب. ومن علم بالعيب لا تنفعه البراءة مطلقة، كما قدّمناه.

وتعقّب هذا بأنّ قوله: تبرأت إليك منها، تضمّن أنّه عالم بهذا العيب. ومن علم بالعيب لا ينفعه البراءة مطلقة، كما قدّمناه.

وتعقّب هذا بأنّ قوله: تبرأت إليك منها، يحتمل أن يكون أراد أنّ البراءة العامّة تبريني منها، كما تبرّأت إليك منها، تخصيصاً لها بالذّكر.

وكذلك أيضاً وقع لسحنون فيمن قيم عليه بعيب في جارية فقال: بعتها بالبراءة، فأنكر المشتري ذلك، فصدّق المشتري، وقَضَى بأنّ القول قوله، وردّ الجارية، فقام بائعه منه الّذي ردّت عليه على من باعها منه هو أيضاً. فقال له البائع الأول: أنت زعمت أنّك بعتها بالبراءة من هذا العيب، وأنّ هذا الّذي ردّها عليك ظلمك فردّها عليك، ولا سبيل لك إلى ردّها عليّ، وقد أقررت بأنّها ردّت عليك بغير حقّ. فقال سحنون: له أن يردّها على البائع لكون البيع قد انتقض.

وكذلك يحلّ وطؤها بهذا الرّدّ، كمختلفَيْن في ثمن جارية، فتحالفا وتفاسخا، فإنّ للبائع وطء الجارية إذا تفاسخا فيها وتحالفا، وإن كان يعتقد أنّ مشتريها قد ظلم في ردّها.

وهذا قد سبق نحن كلامنا على هذه المسألة في اختلاف المتبايعين.

وإذا اشترى رجل عبداً بالبراءة ثمّ باعه على العهدة، فإن للمشتري مقالاً في هذا البيع ونقضه، لأنّه يعتلّ بأنّه قد يطّلع على عيب يجب له من أجله ردّ هذا العبد بالعيب، فيجد البائع مفلساً، فيكون من حقّه أن يردّ على من باع ذلك منه، فلا/ يمكنه لكون البيع الأوّل عقد على البراءة.

وخرج على هذه الرّواية ثبوت مقال لمن/ اشترى عبداً من رجل وهب له ذلك العبد، لأجل أنّه يعتلّ المشتري أيضاً بأن يقول: قد يستحقّ العبد من يدي، فيجب لي الرّجوع على من باعه منّي فأجده مفلساً، فلا يكون لي سبيل إلى الرّجوع على من صار إليه ذلك العبد منه، لكونه أخذ هذا العبد هبة لا عن معاوضة.

وكذلك أيضاً لو اشتراه على العهدة وباعه بالبراءة، فإنه يمنع من هذا البيع، لكون المشتري قد يطّلع على عيب أتلف هذا العبد، فلا يمكنه الرّجوع على من باعه منه، لكون البائع منه قد تبرّأ له من العيوب، فيحصل له ثمن العبد الفائت ويكون من حقّه الرّجوع على من باعه منه، لأجل أنّه لم يبرأ له من العيب، فيحصل على أخذ ثمن هذا العبد مرّتين، فمنع من هذا العقد لأجل هذا الذي ذكرناه. وبالله التّوفيق.

قال القاضي أبو محمّد، رضي الله عنه،: وعهدة الثلاث لازمة في الرّقيق. ثمّ عهدة السّنة بعدها من الأدوار الثّلاثة الجنون والجذام والبرص في كلّ بلد جرت عادتهم باشتراطها أو استأنفوها. ولا تلزم في المواضع التّي لم يتعارفوها إلاّ أن يستأنفوا اشتراطهما.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل اثنا عشر سؤالاً. منها أن يقال:

1 ـ ما معنى العهدة؟

2 ـ وما تأثيرها؟

3 ـ وما قسمتها؟

4 ـ وما محلها من البياعات؟

5 ـ وما محلّها من العقود؟

6ـ وما محلّها من البلاد؟

7ـ وما حكم النّقد فيها؟

8ـ وما حكمها في البيع الفاسد؟[1]

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: المراد بالعهدة ها هنا تعلّق البيع بضمان البائع فيما طرأ عليه من نقص في بدن أو ثمن أو تلف عين.

وهذا ممّا ينقسم في البياعات الصحيحة اللاّزمة على قسمين:

---

(1) لا توجد بقية الأسئلة في النص.

أحدهما الضّمان من جهة حقّ توفية لزمت البائع بكيل أو وزن أو عدد، أو بالتّسليم وإمكانه. وهذا يؤخّر الكلام عليه إلى فراغنا من هذا الفصل، وإن كان يعدّ منه أوّلاً. وقد ذكره في **المدوّنة** في أوّل كتاب الرّدّ بالعيب. ولكن أخّرناه لتأخير القاضي أبي محمّد رحمه الله في كلامه على العيوب.

والقسم الثاني تعلّق الضّمان بالبائع بعد قبض المشتري المبيع. وهو الّذي نبيّنه في هذا الفصل.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: هذه العهدة التّي نتكلّم عليها على وجهين: عامّة في الضمان، وخاصّة.

فأمّا العامّة من ناحية الضّمان، ففي عهدة الثّلاثة أيّام.

وأمّا الخاصّة من جهة الضّمان عهدة السنة، فإنّ البائع لا يطالب فيها إلاّ بضمان ثلاثة أدواء، إن ظهرت، وهي الجنون والجذام والبرص.

وأمّا/ عهدة الثّلاث، فإنه يضمن البائع سائر ما حدث من الأمراض فيها والنّقص كلّه وذهاب العين. لكون هذه المدّة جعلت في الشّرع مضافة إلى ملكه، والمالك مصيبة ما حدث في ملكه منه. وإذا كان كذلك كانت النّفقة على البائع، والكسوة. كما يكون ذلك عليه في ملكه.

ومقتضى هذا أن تكون له الغلّة في هذه الثّلاثة أيّام. لكن هذا المعنى نبسطه في الفصل الّذي وعدنا بالكلام عليه بعد هذا. فإنّ رأي بعض أشياخي أنّ الغلاّت فيما بيع واحتبس بالثّمن يجري على القولين في ضمان ما حبس بالثّمن. فإن قلنا: ضمانه من البائع، كانت الغلاّت له، لأنّ الخراج بالضّمان. وإن قلنا: إنّ الضّمان من المشتري، كانت الغلاّت له. وهكذا قال **سحنون** لمّا ذكر/ اختلاف قول **مالك** في بيع الغائب أنّ النّماء والنّقصان يجري على اختلاف قوله. وإن كان القاضي أبو محمّد أشار في بعض كتبه إلى ارتفاع الخلاف في الغلّة، وأنّها للمشتري. لكن المنصوص ها هنا أنّ ذلك للبائع. وقد قال في كتاب بيع الخيار من **المدوّنة**: **ما جنى على العبد في الثّلاث أو تصدّق به عليه، فإنّه للبائع**.

لكن ابن أبي زمنين ذكر معارضة في قوله: إنّ ما جني عليه في الثّلاث فأرشه للبائع، وللمشتري أن يردّه بعيب هذه الجناية، فإنّ الواجب في العبد المجنيّ عليه إيقافه حتّى يُطلَع على ما تنتهي إليه الجناية، ولا يقضي فيها قبل برئها. والأمد الّذي ينتظر فيه برؤها مجهول، فيجب أن يفسخ هذا البيع، ويمنع المشتري من إمضائه، لأجل هذه الجهالة بأمر الوقف لانتظار البرء. إلاّ أن يسقط عن الجاني هذه الجناية، فيصحّ للمشتري الرّضى بهذا العيب، بشرط، أيضاً، أن تكون الجناية غير مهلكة، فإنّه لا يُمكَّن من إمضاء هذا البيع، ولو سقطت الجناية، لأنّه يكون كابتداء شراء عبد قد قارب الموت.

وهذا الّذي نبّه عليه ابن أبي زمنين من المعاوضة التّي وقعت لبعض أشياخه في هذه بأنّ رضا المشتري بإمضاء البيع مع هذا العيب يجب أن يمنع منه.

وما فعله هو أيضاً من فسخ البيع إلاّ أن يشترط الجناية، ولم يبلغ العبد إلى حالة لا يجوز عقد الشّراء فيها، إنّما يصحّ على إحدى الطّريقتين. وأمّا على الطّريقة الأخرى، وهي مذهب أصحاب **مالك**، في أنّ ما توجبه الأحكام في هذا بخلاف ما دخل فيه اختياراً، وأنّ ما حدث بعد العقود من جهالة قد كانت مرتفعة في أصل العقد لا يمنع من التّمسك بالمبيع.

وقد ذكرنا في أوّل كتاب الرّدّ بالعيب مذهب **ابن حبيب** في أنّ استحقاق أكثر الثّياب المبيعة لا يمنع المشتري من التمسك بما لم يستحقّ، وإن كان مقداره في الثّمن مجهولاً، لمّا كان معلوماً في أصل العقد. فكذلك ما نحن فيه، بل هو أبعد من هذا، لأنّه قد تكون جناية قد برئت في الحال. أو وقفاً للإطلاق على الواجب فيها لا يمنع من كمال التّصرّف في المبيع والانتفاع به، فلا يكون لهذا الوقف تأثير في منع البيع.

والّذي ذكرناه ها هنا من إجراء هذه المسألة/ على الاختلاف في المحبوسة بالثّمن إنّما يتّضح إذا قلنا في بيع العهدة: إنّه منعقد.

وأمّا إن قلنا: إنّه موقوف على ذهاب أيّام العهدة، فإن ذهبت والمبيع

سالم بيّنا[1] صحّة العقد. وإن ذهبت وهو معيب بيّنا[1] أنّه عقد غير لازم للمشتري، فإنّ هذا يخرج على طريقة أخرى.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: أمّا العهدة فإنّها عهدتان: كبرى من جهة الضّمان صغرى من جهة الأمد، وهو ثلاثة أيّام. فإنّ ضمان كلّ ما حدث بالعبد أو الأمة متعلّق بالبائع عموماً، كان ذلك بأمر من الله سبحانه، أو باكتساب من النّاس.

والعهدة الثّانية صغرى من جهة الضّمان كبرى من جهة الأمد، وهي عهدة السنة. فإنّ البائع لا يضمن العبد أو الأمة إلاّ من ثلاثة أدواء وهي الجنون والجذام والبرص.

واختلفت الرّواية عن مالك في دخول العهدة الصغرى في العهدة الكبرى من ناحية الأمد، هل تحسب السنة من يوم العقد، أو بعد انقضاء الثّلاثة أيّام؟

وسبب الاختلاف أنّ الأصول مبنيّة على دخول الأصغر في الأكبر/ كما نقول، فيمن بال ثمّ أجنب، فإنّ الوضوء الواجب عن البول ساقط عنه بدخوله في الغسل الواجب عن الجنابة. وكما نقول العمرة تدخل في عمل الحجّ لمن قرن الحجّ والعمرة، لمّا كانت جزءاً من أعمال الحجّ. وهذا مقتضى دخول الثّلاثة أيّام في السنة.

أو يقال بأن الضّمان المتعلّق بالثّلاث ضمان سائر الأمراض، وذهاب العين، والمتعلّق بعهدة السنة ضمان لأمور مخصوصة، كما قدّمناه. فلمّا اختلف تأثيرهما واختلف أمدهما، لم يتداخلا. ووجب أن تكون عهدة السنة، بعد ذهاب الأيّام الثّلاثة وبعد ذهاب أيّام الاستبراء فيما يجب فيه الاستبراء. لكن دخول الثّلاثة أيّام في أمد الاستبراء ثابت، لكون تأثير الأمرين لا يختلف. لأن عهدة الثّلاث تتضمّن الضّمان لكلّ نقص. فارتفع سبب الخلاف الّذي ذكرناه في دخول عهدة الثّلاث في عهدة السنة.

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب: تبينا

ولو حصل الاستبراء عقيب العقد بيوم ونحوه. مثل أن تضع الأمة وما في معنى ذلك، لوجب انتظار ذهاب بقيّة الثّلاثة أيّام.

ولو عقد البيع على خيار لكانت العهدة بعد أيّام الخيار. هذا هو المنصوص في هذا.

وإنّما يصحّ ما قالوه من كون عهدة الثّلاث بعد ارتفاع الخيار بناء على أحد القولين عندنا في أنّ بيع الخيار إنّما يعدّ منعقداً حين إمضائه.

وعلى هذه الطّريقة التّي نبّهناك عليها في تداخل العُهَد ينبغي أن تسلك في بيع عبد غائب. فإنّا إذا قلنا: ضمان المبيع الغائب من بائعه يجب أن تحسب الثّلاث عقيب العقد إذا انقضت، بقيت المطالبة بعهدَة الغيبة. وكذلك ينبغي أن يجري الأمر في المحتسبة بالثّمن لكون الضّمان فيما ذكرناه من هذين عامًّا كعموم ضمان عهدة الثّلاث.

ولو وقع العقد في بعض يوم، فإنّ المرويّ عن مالك إلغاؤه وانتظار ثلاثة أيّام بعده. كما يعتبر في إتمام صلاة المسافر أربعة أيّام كوامل. وكما يعتبر/ في العقيقة أيّامها كوامل. وقد يتخرّج على قول سحنون في تلفيق الأيّام في صلاة المسافر، وأنّه يعتبر عشرين صلاة، أن يعتبر ذلك في عهدة الثّلاث. وقد يلتفت في هذا إلى علّة الأصل وهي ضرب الثّلاث، هل ذلك لأجل أنّها دون حُمَّى الرِّبْع، فينظر مقدار دون هذه العادة.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال: أمّا محلّها من المبيعات، فإنّها إنّما تعتبر في الرّقيق خاصّة، ذكوره وإناثه. والدّليل على ذلك ما رواه الحسن عن عقبة بن عامر أنّ النبيّ ﷺ قال: (عهدة الرّقيق ثلاث ليال)[1]. وروى الحسن أيضاً عن سمرة بن جندب أنّ النبيّ عليه السلام قال: (عهدة الرّقيق ثلاث)[2].

وذكر مالك في الموطإ أنّ أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل كانا يذكران

---

(1) فيض القدير: 4/366. حد. 5635.

(2) ابن ماجة عن سمرة. نفس المصدر.

في خطبتما عهدة الرّقيق[1] ورأى **مالك** رضي الله عنه أنّ الأمر إنّما يذكرون هذا في **المدينة** على رؤوس النّاس، ولا أحد ينكره لكونه متقرّراً في الشّرع عندهم مشتهراً.

وعلّل هذا بأنّ الرّقيق يكتم عيبه، فيجب أن يستظهر فيه بالثّلاثة أيّام حتّى يتبيّن للمشتري ما كتم عنه.

وعلّل أيضاً بأنّه يختصّ بذكر عيبه. بخلاف غيره من الحيوان. فيمكن أن يكون ذكر ذلك لسيّده، فبادر لبيعه خوف أن يتبيّن مرضه. فجعلت الثّلاث أمدد البيان ارتفاع تدليسه. كما/ جعلت في التصرية التّي دلّس بها البائع.

وأمّا عهدة السنة فإنها اختصت بالثلاثة أدواء، لكون الجنون والجذام والبرص تتقدم أسبابه، ويظهر في فصل من فصول السنة دون فصل، بحسب ما يؤكّد طبيعة الفصل سببه. فانتظر بذلك الفصول الأربعة وهي السنة كلّها حتّى يؤمن من هذا العيب ومن التّدليس به.

وأنكر **أبو حنيفة** هاتين العهدتين. واستدلّ أصحابنا عليه بما ذكرناه من الآثار وطرق الاعتبار. وقد ذكرنا في الاعتبار تعليلين مختلفين ونبّهناك عليهما في أوّل بيع البراءة.

وهذه الثّلاثة أدواء إنّما تؤثّر إذا تحقّقت، ولو ظهر من الجرب ما يشبه الجذام، ولا يكون جذاماً، لم يردّ به.

وأمّا الجنون فإنّه إذا كان من مسّ الجانّ وجب الرّدّ به لكونه مفتقراً إلى انكشافه بذهاب الفصول الأربع الّتي يمكن أن يحدث فيها في فصل دون فصل. ولو كان من حادث علم سببه مثل أن يضرب رأسه في خلال السنة فيجنّ فإنّ في المذهب قولين: المشهور ألاّ ردّ بهذا. وقال **ابن وهب**: يجب الرّدّ به أخذا بعموم الرّدّ بالجنون كلّه على اختلاف أسبابه، كما وجب عموم الضّمان في عهدة

(1) الموطأ: 2/ 134. حد. 1790.

الثّلاث في سائر أجناس الأمراض. ورأى الآخرون أنّ هذا ممّا لا يقف العلم به على مضيّ الفصول الأربع. فلم يعتبر في عهدة السنة لفقد العلّة الّتي ذكرناها في اعتبار السنة.

ولو شكّ في هذه الأدواء في السنة/ وتحقّقت بعد مضيّ السنة لكان في ذلك قولان.

وكذلك لو تحقّق سببها في السنة وأنّها ستظهر بعد السنة، فإنّ في ذلك أيضاً قولين.

ولو ذهبت الحمى في عهدة الثّلاث فإنّ ظاهر المذهب على قولين: عند أشهب يقف الأمر على اعتبار حالها بعد الثّلاث، هل تعود بالقرب فيجب الرّدّ أو لا تعود إلاّ بعدُ[1] فلا يجب الرّدّ. وظاهر قول **سحنون** إثبات الرّدّ من غير وقف لانتظار العودة عن قرب أو بعد.

ولو ذهب العيب ذهاباً تؤمن عودته قبل القيام به. لم يكن للمشتري مقال.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

العقود على ضربين: عقد طريقه المكايسة، وعقد طريقه المكارمة والمواصلة.

فأمّا ما طريقه المكايسة والمتاجرة، فإنّه على قسمين: معيّن وغير معيّن.

فإن كان معيّناً، فالعهدة ثابتة فيه، على حسب ما قدّمناه في عهدة الثّلاث والسنة، إذا لم يشترط فيه البراءة، وكان من الرّقيق، على حسب ما قد بيّناه. وإن كان سلما في الذّمّة ففيه قولان: أحدهما إثبات العهدة فيه أخذا بعموم ظاهر الخبر الّذي قدّمناه، وقياساً على سائر المعينات المبيعة من الرّقيق، لكون العبد المسلم فيه إذا أحضر من عليه السلم عبداً، فيمكن أن يكون علم به بسبب عيب فكتمه، على حسب ما علّلناه فيما سلف.

(1) هكذا في النسختين والأوضح: بَعْدَ بُعْدٍ.

والثّاني: ألاّ عهدة فيه لكون المشترَى غير معين، ونفي التّعيين الظّاهرُ منه أنّه يتضمّن الجهل بسبب الأدواء المعتبرة في أدواء العهدة، فلم تثبت العهدة فيه لارتفاع علّتها.

وأيضاً فإنّه إذا تعيّن بالقبض، وبقيت فيه العهدة، فإنّ القبض لم يتناجز. وإذا لم يتناجز المعين المأخوذ عن دين، لم يجز ذلك، كما قال **ابن القاسم** فيمن أخذ عبداً غائباً عن دين في الذّمّة: إنّ ذلك ممنوع لأنّه فسخ دين في عوض يتأجّل قبضه.

وهذا على طريقة من ذهب إلى منع أخذ معين يتأجّل قبضه عن دين في الذّمّة.

ومن أجاز ذلك، لم يصحّ على أصله التّعليل بهذا. على أنّ في التّعليل به نظراً.

وإن منعنا أخذ معين يتأجّل قبضه/ عن دين، لأنّا إنّما ذكرنا عن **ابن القاسم** أنّه يمنع من هذا لكونه في صورة فسخ دين في دين. وهذا إنّما يتصوّر مع اختلاف الجنسين وإمّا مع كون الجنس واحداً، فلا يتصوّر فيه التّبدّل على الحقيقة، كما يتصوّر في جنسين، ولهذا قال **سحنون**: لا عهدة في عبد أخذ من دين. لأنّه إذا أخذ من دين حصلت المعاوضة ما بين جنسين مختلفين، فتصوّر فيها فسخ الدّين في الدّين.

وأمّا ما طريقه المكارمة من المعاوضة كالنّكاح، فإنّه اختلف قول **مالك** فيه، هل فيه عهدة إذا كان الصّداق عبداً/ أم لا؟ فأثبت فيه العهدة مرّة قياساً على سائر عقود المعاوضات الماليّة. ونفاها مرّة أخرى لكون هذا العبد عوضه ليس بمال محض، فخرج من أحكام العقود الماليّة في هذا. وأيضاً فإنّه يتصوّر فيه الطّريق الّذي صوّرناها في السلم، لكون البضع إذا عقد عليه وجب تنجيز استباحة الفرج، إذ لا يصحّ العقد على فرج لا يستباح في الحال، والفرج لا يصحّ اشتراط تعجيل استباحته، لأنّه كاشتراط النّقد في عهدة الثّلاث، واشتراط

النّقد فيها ممنوع. فاقتضى هذا منع إثبات العهدة فيه، لكون إثبات العهدة فيه تقتضي منع النّكاح وفساده. وفسادُه وارتفاعُه يرفع حكم العهدّة. فصار هذا كفرع كرّ ببطلان أصله، فيكون هو الباطل دون أصله.

ومن هذا المعنى السلف، فإنّه ذكر في **الموّازيّة والواضحة** ألاّ عهدة في سلف. وهكذا قال **سحنون**: لا عهدة فيما تسلف. وهكذا قال **ابن أبي زمنين**: لا عهدة في عبد مقرض. فلم يصرّح هؤلاء بثبوت العهدة في قضاء السلف.

وظاهر قول من حكينا عنه أنّه قال: لا عهدة في العبد المقرض. قد يشير إلى قضاء السلف، بخلاف ابتدائه، لأنّ ابتداءه طريقهُ المعروفُ، لا يبنى الأمر فيه على التّهم والقصد إلى المكايسة والمغابنة، لأنّ قصدَ المسلف إلى هذا وإرادتَه منفعةً لنفسه يحرم عليه ما فعل. وقضاء السلف ليس طريقهُ المعروفَ. فقد يتصوّر فيه التّهمة.

وهكذا الإقالة والتّولية لا عهدة فيهما لمّا كان طريقهما المعروف.

وحاول بعض المتأخّرين أن يخرج في هذا اختلافاً من اختلاف أهل المذهب في الإقالة، هل هي حلّ بيع أو ابتداء بيع؟ فإن قيل: إنّها ابتداء بيع، وجب ثبوت العهدة فيها.

وهذا التّخريج فيه نظر، لأنّه وإن قلنا: إنّه كابتداء بيع، فإنّ هذا بيع قصد فيه إلى المعروف، فلم يلحق بالعقود المقصود فيها المعاوضة على جهة المكايسة.

ولم يقع في المذهب خلاف في الرّدّ بالعيب، أنّه لا عهدة فيه. وإن كان قد قيل في أحد الطريقتين: إنّ الرّدّ بالعيب كابتداء بيع. ولكن هذا وإن قيل، فهو بيع أوجبه الشّرع بغير اختيار من رجع إليه العبد، فخرج عن العقود الاختياريّة المقصود فيها المكايسة.

وقد قال **ابن الماجشون** في هبة الثّواب: لا عهدة فيها لمّا أن كان طريقها المكارمة والمواصلة. وكذلك الخلع لا عهدة فيه لأنّه ليس كالبيع المحض، ولهذا جاز عقده بالغرر، على أحد القولين. وأيضاً فإنّ المرأة قد استعجلت

قبض ما اشترته وهو منافع بعضها. فصَار ذلك كاشتراط النّقد فيما فيه العهدة، وقد قدّمنا أنّ اشتراط النّقد في عهدة الثّلاث لا يجوز. فإذا تضمّن إثبات العهدة في الخلع/ منْع المعاوضة وجب منعه في نفسه دون منع أصله، كما/ قدّمناه في التّعليل لإسقاط العهدة في النّكاح. وقد قال **ابن أبي زمنين**: لا عهدة في عبد مقرَض، أو مخالَع به، أو مأخوذ من قطاعة مكاتب، أو مصالح به عن دم عبد، أو مسلَم فيه، أو اشترِي، وهو غائب غيبة بعيدة، على الصفة. وهذا يمكن أن يكون رأى ذلك ملحقاً بعقود ما في الذّمة كالسلم، أو رأى أنّ عهدة الثّلاث تنقضي قبل أمد الوصول إلى العبد، فتسقط فيه عهدة الثّلاث. وقال بعض المتأخّرين: يجب اعتبار العهدة في بيع العبد الغائب، وإذا انقضت بقيت عهدة ضمان الغيبة، كُما بقيت في عبد لم يقبضه المشتري، فإذا انقضت، بقيت عهدة ضمان التّسليم على أحد القولين. ولكن هذا الّذي قاله يقتضي إثبات عهدة السنة فيه إذا عقد البيع فيه، وهو من الغيبة بحيث يجوز عقد البيع عليه وإن بعدت غيبته.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

قد قرّرنا محلّها في البياعات ومحلّها في العقود.

فأمّا محلّها في الأماكن، فعن **مالك** فيه روايتان: هل محلّها سائر البلاد، الّتي اعتادها أهلها أو لم يعتادوها؟ أو إنّما محلّها البلاد الّتي اعتيد ذلك فيها.

فروى المصريّون عنه أنّه لا يقضَى بها حيث لم تجْرِبها عادة، إلاّ أن يحملهم السلطان على ذلك.

وقد روى عنه المدنيّون أنّه يقضى بها في سائر البلاد، الّتي علم أهلها العهدة أو جهلوها، ويحملهم السلطان على ذلك.

فكأن من قصر العهدة على البلاد الّتي اعتادتها حمل الحديث على أنّ أهل المدينة اعتادوا البيع على العهدة، فأقرّهم ﷺ عليها، وقال (عهدة الرّقيق ثلاث)[1]

---

(1) الموطأ: 2/134. حد. 1790 ـ البغوي: شرح السنة: 8/149.

كما قدّمناه. فصار هذا الحديث خرج على سبب نُصّ عليه.

ومن قضى بها في سائر البلاد، أخذ الحديث على عمومه، فلم يقض على البلد الّذي خاطبهم ﷺ فيه بها واعتادوها.

أو يرى أنّ مقتضى الأصول سقوط الضّمان عن البائع بقبض المشتري للمبيع قياساً على سائر أجناس البياعات المتّفق على أن لا عهدة فيها.

ويجيب الآخرون عن هذا بأنّ في الرّقيق معنى، وهو كون مرضه عن أسباب تنكتم، كما قدّمناه، فلا يقاس على سائر أجناس المبيعات.

وأيضاً فإنّ البائع يمكن أن يكون علم سبب هذا العيب فدلّس به، فاحتيط في ذلك بإثباتها.

وإذا قلنا بقَصْر القضاء بها على مكان اعتيدت فيه، فهل يستحبّ للسلطان أن يحمل البلاد الّتي لم يعتادوها على البيع عليها أم لا؟ عنه في ذلك روايتان:

إحداهما قوله: وددت أنّ السلطان حمل النّاس عليها.

والرّواية الثّانية قوله: لا يحمل السلطان/ عليها من لم يعتدْها.

فكأنّه نظر في القول الأوّل إلى المصلحة والاحتياط من التّدليس، فخوطب فيه بما هو أصلح للجمهور كما يخاطب بإزالة الفساد عن مكاييلهم وموازينهم.

ونظر في القول الثّاني وهو نفي الضّمان بعد القبض كما قدّمناه.

فإذا تقرّر محلّ القضاء بها أو بإسقاطها، فإنّه لو اشترط المشتري إسقاطها بمكان اعتيدت فيه، أو إثباتها بمكان لا يلزم القضاء بها فيه، فإنّ بعض أشياخي يشير إلى أنّ في هذا الشرط وإمضائه اختلافاً:

فإن منعنا منه وأسقطناه لفساده، فإنّه يجري فساد العقد أيضاً على الاختلاف في بياعات الشّروط الفاسدة، هل يَفسدُ الشّرطُ ويصحّ العقد؟ أو

يبطلان جميعاً، على/ حسب ما كنّا قدّمنا في كتاب البيوع الفاسدة، وذكرنا مواضع الخلاف فيه.

وهذا الّذي قاله قد يتّجه تسليمه له في شرط اتّفق على منعه وفساده، كمن باع ثوباً وشرط على المشتري أنّه يضمنه له بعد قبضه، فإنّ هذا الشّرط لا يصحّ ثبوته باتّفاق. وأمّا إن كان شرطاً مختلفاً فيه اختلافاً مشهوراً، فإنّ الشّرط قد يصار إلى إمضائه، كما قيل في بيع الغائب: إنّ ضمانه من البائع إلاّ أن يشترط البائع ضمانه على المشتري فيصحّ شرطه. وقيل أيضاً ضمانه على المشتري إلاّ أن يشترطه على البائع فيصحّ شرطه. فقد أمضي هذا الشّرط، وإن اشترط في غير محلّه في الأصلين، لمّا كان مختلفاً في محلّه. فصادف الشّرط محلاًّ هو الأصل فيه على إحدى الرّوايتين عن **مالك**، بمضيّ الشّرط، ونفذ كما ينفذ لو حكم به في مسألة خلاف بين العلماء. لكن بيع الغائب إذا لم يكن فيه عادة أو عرف، كان الوجه فيه ما ذكرناه، والبيع على العهدة قد يفتقر إلى نظر آخر، وهو مقتضى العقد، هل مقتضاه إثبات العهدة أو إسقاطها؟ وقد قدّمنا في ذلك من الاختلاف عن **مالك**، رضي الله عنه. فإذا شرط ما يقتضيه العرف ومقتضى العقد اتّضح إمضاؤه. وإن شرط ما يخالفهما جميعاً، فقد صار بعض المتأخّرين إلى إبطال الشّرط وإمضاء العقد. وكأنّه ضعُف الشّرط عنده ها هنا لمخالفته وجهين: العرفَ ومقتضى العقد. ولو اختلف عنده مقتضى العرف، وكان للعرف وجه صحيح، صحّ العقد والشّرط أيضاً.

وهذا التّفصيل يحوجك إلى النّظر في رواية المصريين والمدنيين حتّى تعلم ما مقتضى[1]، على إحدى الرّوايتين، فتضيف إليه العرف وتنظر هل الشّرط وافقهما جميعاً أو خالفهما أو خالف أحدهما.

وهذا التّفصيل قد لا يتّضح له وجه يستمرّ على تحقيق النّظر. وإنّما تحقيق النّظر في هذا جواز الاشتراط أو منعه. فيمضي/ حيث يجوز، ويردّ حيث يمنع.

---

(1) هكذا في النسختين، والمعنى: ما هو المقتضى؟

إلاّ أن يكون في جوازه اختلاف، فمن قال بمراعاة الخلاف أمضاه. ثمّ قد ينظر أيضاً في الخلاف، هل هو شاذّ ضعيف في النّظر فتسقط مراعاته، أو هو مشهور تحسن مراعاته. هذا هو التّحقيق في هذا المعنى.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال:

قد بيّنّا أنّ النّقد لا يلزم في عهدة الثّلاث، لكون أسباب الضّمان المتعلّقة بالثّلاث كثيرة متكرّرة، فمنع من التّقابض فيه، لكون العقد عُرْضَة الانحلال. ويمنع من اشتراطه أيضاً لأنّه قد ينحلّ، فيكون النّقد المشترط سلفاً، وإن لم ينحلّ كان بيعاً.

وأمّا عهدة السنة، فإنّ النّقد جائز فيها، لكون الانحلال للعقد، بحدوث ثلاثة أدواء ذكرناها، نادراً، والنّادر لا حكم له.

ولو منع النّقد لوجب وقف الرّقيق المبيع عاماً كاملاً، فيقتضي ذلك بيع معين يقبض إلى أجل بعيد. وذلك لا يجوز. وإنّما أجزناه في بيع الثمر بعد الزّهو، وإن كان في ذلك الجوائح الّتي يضمنها البائع، لكون الغالب في الثّمار الأمْن من الجوائح، وكون ما يطرأ منها يستوي البائع والمبتاع في العلم بوقوعه.

بخلاف ما ذكرناه من إمكان اطّلاع البائع على سبب الأمراض الّتي تظهر في أيّام العهدة، وكذلك ما بيع على الكيل والوزن يجوز اشتراط النّقد فيه قبل القبض، لكون الأمن عليه هو الغالب. وإنّما تعلّق الضّمان على البائع لما عليه من حقّ/ التّوفية للمبيع. إلى بعض هذه المعاني أشار في كتاب **ابن الموّاز**.

فإذا منعنا النّقد في العهدة، فهل يجوز إيقافه مختوماً على يد البائع؟ هذا يجري على القولين نذكرهما في موضعهما إن شاء الله تعالى.

وإذا دعا البائع إلى إيقاف الثّمن، فهل ذلك من حقّه أم لا؟ فيه أيضاً قولان:

أحدهما: تمكينه من إيقافه على يد عدل لئلاّ يهرب المشتري، أو يفلس، (من المضرّة)[1] في التّغرير بالثّمن لجواز أن يضيع في إيقافه.

فإن وقف فضاع. فإنّه يكون ضمانه ممّن يقضى له بأخذه.

فإن حدث بالمبيع عيب في أيّام العهدة وقد ضاع الثّمن، ففي تمكين المشتري من الرّضى به معيباً، فيكون ضمان الثّمن من البائع، قولان:

أحدهما أنّه لا يمكن من ذلك، لأنّ النّقص الّذي حدث في المثمون من ضمان البائع، فيجب أن يكون الضّمان للثّمن من المشتري أيضاً.

والقول الآخر أنّه يمكن من ذلك إن أراده ورضي بالعيب.

وهل يمكن بالثّمن الأوّل الّذي ضاع أم بثمن آخر؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يمكن من ذلك بالثّمن الأوّل، لأنّه لا يلزمه أن يؤدّي ثمنين في سلعة واحدة.

والثّاني: أنّه لا يمكن إلاّ بثمن آخر، لكون الثّمن الضّائع في ضمانه، كما/ أنّ النّقص في ضمان البائِع.

والقول الثّالث **لسحنون**: أنّه إن ضاع الثّمن قبْل حدوثِ النّقص بالمبيع لم يمكّن إلاّ بثمن آخر، لكون الثّمن الّذي ضاع منه. وإن ضاع الثّمن بعد حدوث النّقص وكونـه قد استحَقّ التّخيير بين الرّضى بالعيب أو الرّدّ، لم يلزمه ثمن آخر.

ولعلّنا أن نبسط هذا في موضعه إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الثّامن أن يقال:

قد تقرّر ثبوت العهدة في العقود الجائزة. وأمّا العقود الفاسدة فهل تثبت فيها العهدة أم لا؟ قال الأشياخ: تثبت فيها العهدة، واحتجّ بعضهم بأنّ من شرط

(1) هكذا في النسختين.

النّقد في أيّام الخيار فإنّ فساد هذا العقد لا ينقل الضّمان عن أصله في البيع الصحيح[1] العهدة في البيع الفاسد.

وأمّا شرط البراءة، فاختلف فيها الأشياخ فقال الشيخ **أبو بكر بن عبد الرّحمان: إذا اشترى عبداً شراء فاسداً، وفات عنده فلزمته القيمة، فإنّ شرط البراءة ساقط، وللمشتري أن يردّ العبد بعيب لم يعلم به.**

وقال الشيخ أبو عُمْران: يثبت حكم البراءة كما يثبت ضمان المواضعة في البيع الفاسد. أو قياساً على ما وافقه عليه الشّيخ أبو بكر من ثبوت العهدة. وقد كنّا نحن قدّمنا ما يعرف منه وجه الخلاف في هذا الأصل.

وفي هذا نظر في العقد الفاسد هل يردّ إلى أحكام صحيحة أو يردّ إلى حكم نفسه كما تقدّم بيانه.

والجواب عن السؤال التّاسع[2] أن يقال:

إذا صرّح المشتري بإسقاط العهدة، فإنّها تسقط.

وإن فعل فعلاً ينافي القيام بها، مثل أن يعتق العبد أو يطأ الأمة فتحمل منه، فإنّ **ابن القاسم** ذهب إلى أنّ ذلك علم على الإسقاط. وأجراه مجرى النّطق بالإسقاط. ورأى غيره أنّ ذلك لا يكون إسقاطاً، بل يجب الرّجوع بقيمة العيب، كما لو أعتق عبداً ثمّ اطّلع بعد عتقه على عيب، فإنّه لا يسقط حقّه في القيام بالعيب، ولكن إنّما يقضى له بقيمة العيب لامتناع ردّ المبيع. فكذلك ها هنا إذا لم يُحمَل عتقُه ولا إصابةُ الأمةِ على إسقاط العهدة، وجب أن يكون ما فَعَل يوجب له قيمة العيب.

واحتجّ بعض من ذهب إلى هذا القول من أصحاب **مالك** بأنّ المشتري لا يمنع من الوطء في السنة، وإذا لم يمنع منه، وهو/ يجوز أن يكون عنه حمل،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فكذلك العهدةُ.

(2) السؤال ساقط مع باقي الأسئلة. ويمكن استرواح السؤال التاسع من جوابه هكذا: هل الفعل المنافي للقيام بالعهدة يسقطها كالتصريح بالإسقاط.

ولا يصحّ أن يكون ما فعله من هذا كالنصّ على إسقاط حقّه في العهدة.

وقيل: أمّا العتق فيُنقَضُ، لأنّه إذا ظهر من العيب ما اقتضى انحلال العقد، وبقي المبيع على ملك البائع، وجب ردّ العتق. ذكر هذا القول في من أعتق في عهدة السنة/. وهو يقتضي طرد ذلك في عهدة الثّلاث، وهو خلاف الأصول. وقد يقتضي ردَّ العتق بعيب قديم كان قبل عقد البيع إذا قيل: إنّ الرّدّ بالعيب حلّ للعقد من أصله. وقد كنّا ذكرنا الخلاف في هذا الأصل، وذكرنا وجه الخلاف فيه.

وقال ابن كنانة: لو تجذّم العبد في السنة، وقد أعتقه المشتري، لوجب أن يرجع بقيمة العيب، ويكون ما ترك العتيق من مال لمن أعتقه بحكم الولاء. ولو كان ما حدث من الجذام يجعل العبد لا قيمة له على حال، لوجب ردّ الثّمن كلّه. فإن مات هذا العتيق، أخذ البائع من تركته ما ردهُ من الثّمن، وكان ما فضل عن ذلك للمعتق بحكم الولاء.

وألزم بعض الأشياخ أن يكون هذا العتيق لو قطعت يده وأخذ فيها ديّة حرّ أن يكون للبائع أن يرجع على المشتري بما نقص قطع يده من قيمته، لأنّه يقول للمشتري: لولا إعتاقك له، لرجعت على الجاني بقيمة ما أتلف.

والجواب عن السؤال العاشر[1] **أن يقال:**

إذا اختلف البائع والمشتري في مضيّ أمد العهدة، فإنّ في هذا قولين:

أحدهما تصديق البائع لكون المشتري يحاول نقض بيع قد انعقد، فهو المدّعي المطلوب بالبيّنة.

والقول الآخر: أنّ القول قول المشتري، استصحاباً بالأصل، وهو كون الضّمان على البائع. فهو المدّعي لسقوطه عنه.

---

(1) السؤال ساقط، ويمكن استرواحه من الجواب هكذا: وما الحكم إذا اختلف البائع والمشتري في مضي أمد العهدة.

وهكذا لو باع عبداً فأبق، فإنّ له الرّدّ بعيب الإباق.

ولو تبرّأ في العقد من الإباق، ففيه قولان: هل يكون إثبات خروجه سالماً من العهدة على البائع، استصحاباً لحال الضّمان، وهي رواية **ابن نافع عن مالك في المدوّنة**. أو يكون على المشتري إثبات أنّه قد هلك في العهدة.

وبهذه الرّواية الثّانية **أخذ ابن القاسم**.

وكذلك لو اختلف المتبايعان في عبد بيع بالخيار، وقد ذهبت أيّام الخيار، هل مات في أيّام الخيار أو بعد ذهابها؟ ففيه أيضاً قولان، سببهما استصحاب حال كون البيع منعقداً أو استصحاب حال ثبوت الضّمان.

وكذا يجب على هذا لو اختلفا في تاريخ انعقاد البيع وتداعى المتبايعان في العيب، هل هو قديم أو حديث؟ أن يكون القول قول المشتري في التّاريخ استصحاباً لعدم عقده. أو القول قول البائع استصحاباً لكون البيع منعقداً، فلا ينتقض بالدّعوى. وهذا قد يحتاج إليه إذا أحال الشّهود تاريخ قدم العيب أو حدوثه على زمن، واختلف المتبايعان: هل كان عقد البيع قبل ذلك الزّمن أو بعده؟

والجواب عن السؤال الحادي عشر[1] أن يقال:

قد تقرّر أنّ من باع ملك نفسه، فعهدة ذلك عليه. وإن تكلّف غيره بيع ذلك بإذنه كوكيل، أو بإذن الشّرع كقاض أو وصيّ، فإنّ هذا يتفصّل القول. فلا يخلو أن يكون/ من تولّى البيع انتصب انتصاباً مشتركاً لسائر النّاس كالنّخّاسين والسماسرة، أو يكون ممّن عدا هؤلاء.

فأمّا النّخّاسون والسماسرة ومن في معناهم، فإنّهم لا عهدة عليهم فيما باعوه، ولا مطالبة بثمن إن استحقّت السلعة أو ردّت بعيب ولا يمين عليهم،

---

(1) هذا السؤال ساقط في النسختين، ويمكن استرواحه هكذا: ما الحكم إذا كان البائع غير المالك للسلعة.

لكن يؤمرون بإعلام مشتري السلعة بصاحبها الّذي وكّلهم على بيعها ليحاكموهم فيها. وإنّما/ [1] كان الأمر كذلك لأنّ النّاس الّذين يشترون منهم إنّما يدخلون معهم على هذا الحكم الّذي ذكرناه، ولكونه من المصلحة لأنّهم يكثر ذلك عليهم ويتكرّر لديهم فلو ضمّنّاهم أثمان ما باعوه من السلع لانقطعوا عن هذا العمل وأضرّ بالناس انقطاعهم. فكان من المصلحة نفي الضّمان عنهم، كما كان من المصلحة إثبات الضّمان على الصنّاع.

وأمّا من عدا هؤلاء، وكان أيضاً منتصباً لهذا بإذن الشّرع انتصاباً عامّاً كالقضاة، فإنّه لا عهدة عليهم فيما باعوه على مفلس، أو لإنفاذ وصايا لأنّهم كالملزمين بهذا شرعاً، ولا منفعة لهم فيه. والنّاس الّذين يشترون منهم إنّما يدخلون معهم على هذا، فلو ضمِّنوا لوقفوا عن الحكومات في هذا. لكن يقضون بردّ الثّمن على من قبضه منهم إن كان موجوداً بعينه. وإن استهلك نفصِّل القول فيه على ما يرد في موضعه في أحكام الاستحقاقات إن شاء الله تعالى.

وأمّا الوصيّ فقد قال في **المدوّنة**: لا عهدة عليه فيما بيع في أموال اليتامى. وإنّما العهدة في مال اليتامى المبيع عليهم ذلك المستحَقّ والمردود بعيب.

واختار **ابن الموّاز** إثبات العهدة عليهم وعلى الوكيل المفوض إليهم[2]. وكان بعض أشياخي يشير إلى أنّ إثبات العهدة عليهم أنّها فيما باعوه من أموال اليتامى للتّجارة به، لأنّهم فعلوا ذلك اختياراً من غير ضرورة إليه، إذ لا يلزم الوصيّ أن يتجر بمال اليتيم. فإذا فعل ذلك اختياراً، صار كالوكيل المفوض إليه الّذي يقضَى بالعهدة عليه لكونه دخل في ذلك اختياراً، وأحلّ نفسه محلّ مالك السلعة في تفويض الأمر إليه في بيعها متى شاء ممّن شاء. فأمّا إن باع للإنفاق،

---

(1) اعتمدنا نسخة المدينة في إثبات ما ذكر من قوله: ـ كان الأمر كذلك ـ إلى قوله ـ بعد البيع أنه ـ وذلك لسقوطه من نسخة المكتبة الوطنية.

(2) هكذا ولعل الصواب: إليه.

فيكون كوكيل معين على بيع أمر معين، فلا عهدة عليه، على ما ذكر في **المدوّنة** في الوكيل المعين.

وأمّا بيع الوكيل المفوّض إليه، فإنّ العهدة عليه لما ذكرناه من التّعليل.

وكذلك المقارض لما ذكرناه أيضاً. ولكنّ النّاس إنّما يدخلون مع العاملين بالقراض على إثبات العهدة عليهم وأنّهم كالبائعين لملك أنفسهم.

وكذلك حكم الشّريك المفاوض في نصيب شريكه إذا باعه مع نصيب نفسه. وأمّا إن لم يكن/ مفوّضاً إليه، فهو كوكيل على معيّن. وقد اختلف قول **مالك** في الوكيل المعيّن على بيع شيء معيّن. ففي **المدوّنة**: لا عهدة على الوكيل في هذا. وذكر **ابن الموّاز** أنّه اختلف قول **مالك** في هذا. وقال **أصبغ** في الوكيل المعين: عليه عهدة إلاّ أن يشترط أن لا عهدة عليه. فأثبت **أصبغ** العهدة ها هنا وأجاز اشتراط سقوطها، لكون هذا اشتراط غير ممنوع في نفسه. لا سيما وقد صادف أحد قولي **مالك** في أنّه لا عهدة على هذا الوكيل.

وأمّا تعلّق اليمين على الوكيل المعيّن، فإنّ في ذلك قولين : ذكر في **المدوّنة** في وكيل ردّت دراهم لأجل كونها زائفة: أنه يحلف. وذكر **ابن الموّاز** أنّه لا يمين على الوكيل على بيع شيء بعينه. قال: لأنّه لو أقرّ بعد انقطاع وكالته بالعيب الّذي قام به المشتري لم ينقض البيع. وسنبسط هذا في كتاب الوكالات إن شاء الله تعالى.

وقد ذكر في **الموّازية** أنّ **مالكاً** قال: إذا اشترط الوصيّ والوكيل المفوّض إليه: لا يمين عليهما. فالشّرط ينفعهما إن كانا من أهل الدّين والفضل. وأمّا إن لم يكونا كذلك، لم ينفعهم هذا الشّرط. فقدّر أنّ أهل التّصاون والأقدار في الدّيانات نقص منهم استحلافهم فيُوفّى لهم بهذا الشّرط، لأنّه اشتراط لهم فيه منفعة وينفي عنهم مضرّة ويكرمون أن يحلفوا لأجل مال غيرهم. ومَن سواهم أبْقَاهم على الأصل في تعلّق اليمين بهم إذ لا يلحقهم معرّة استحلافهم.

ولمّا ذكرنا في هذه التّقاسيم حكم سقوط العَهدة عن السماسرة، اقتضى

الحال أن نبيّن حكم ما أخذوه من جعالة: وقد ذكر في **المدوّنة** أنّ السلعة إذا ردّت بعيب، ردّ السماسرة الجعل. وقدر أن البيع لمّا ردّ بالعيب، انتقض من أصله، وكأنّه لم يعقد، والسمسار إذا لم يعقد البيع الّذي استؤجِر عليه، فإنّه لا جعل له. وتأوّل الشيخ **أبو بكر بن اللبّاد** هذا على أنّ البائع لم يدلّس. فأمّا إن دلّس بالعيب، فإنّه لا يلزم السماسرة ردّ الجعل، لكون البائع لمّا دلّس صار قاصداً إلى إتعاب السمسار واستخدامه على جهة التّغرير به في خدمته لمّا علم البائع أنّها تذهب باطلاً إذا ردّ البيع بالعيب. وقال الشّيخ **أبو الحسن بن القابسي** تتميماً لهذا الّذي قاله **ابن اللبّاد**: هذا أيضاً إذا كان السمسار غير عالم بأنّه قد دلّس البائع بالعيب. وأمّا إن كان السمسار عالماً بتدليسه، فإنّه يكون له أجر مثله. فقدّر أنّه إذا كان السمسار عالماً بهذا التّغرير به، ارتفع بعلمه هذا كون البائع مغرّراً به. ولكنّه قضَى له بأجر مثله، وكان ينبغي أن يقضى له/ بالتّسمية، لأنّ هذا الفساد الّذي تواطأ عليه البائعُ والسمسارُ من ناحية العقد وكونه عقداً محرّماً، والبائع استأجر السمسار إجارة ممنوعة فاسدة من ناحية عقدها؛ وما فسد من جهة عقده فات فيقضى فيه بالتّسمية. لكن هذا يمكن، كما قال الشّيخ **أبو الحسن**، فيه أنّه فساد من ناحية الأثمان، لكون الجعل في نفسه غرراً، فأجيز للضّرورة، كما يرتفع الغرر إذا أنهى العامل عمله وبلغ نهايته. كالجعل على طلب الآبق، فإنّ الآبق إذا حصل ارتفع الغرر بحصوله. وهذا السمسار يُنهي العمل نهايته، وهو أن ينفذ بيع السلعة، ثُمّ يبقى بعد ذلك مترقّباً بردّها بالعيب، فصار هذا غرراً من ناحية الأثمان، ففسد هذا الجعل لذلك. فيقْضَى فيه بإجارة المثل، ويجعل المثل على الخلاف في ذلك إذا فسد الجعل. وسنبسط سببه إن شاء الله تعالى في موضعه.

ولو تراضيا المشتري والبائع بردّ السلعة بعيب، لم يلزم السمسار ردّ الجعل إذا أنكر تراضيهما، إلاّ أن يقضي القاضي بردّ البيع.

فلو لم تردّ السلعة بعيب إلاّ بعد أن فاتت، وقضي للمشتري بقيمة العيب، فإنّه إنّما يردّ من الجعل مقدار ما أخذه قيمة من العيب، لأنّ أخذ قيمته يتضمّن

أنّ البيع لم يتمّ فيه. وقد ذكرنا أنّ المبيع إذا ردّ بالعيب، ردّ السمسار الجعل. فإذا فات المبيع وكان مقدار الرّبع من الثّمن، ردّ السمسار الرّبع من الجعل الّذي أخذ. هكذا ذكر **ابن سحنون**.

وعلى هذا لو لم يفت عين المبيع، ولكنّه حدث عنده به عيب مفسدٌ، واختار المشتري أن يردّ المبيع وما نقصه من العيب، لكان للسمسار من الجعل بمقدار ما غرمه المشتري لمّا ردّ المبيع، لأنّ الّذي غرمه مضى البيع فيه وغرم ثمنه وما سواه انتقض المبيع فيه، فوجب ردّ الجعل فيه.

ولمّا ذكرنا أيضاً الاختلاف في الوكيل المعيّن عن بيع شيء معيّن، هل عليه العهدة أم لا؟ فإنّ هذا الاختلاف إنّما يتصوّر إذا ذكر عند البيع أنّه وكيل لغيره. وأمّا إن سكت عن ذلـك، فإنّ العهدة عليه، لأجل أنّ المشتري إنّما عاقده مالك السلعة في كون العهدة عليه. ولو ثبت بعد البيع أنّه/ [1] وكيل لغيره ولم يكن هو ذكرذلك حين العقد، فإنّ المشتري إن شاء التزم المبيع على أنّ عهدته على الموكّل، وإن شاء ردّه لسقوط العهدة عن مالكه. إلاّ أن يلتزم له الرّسول العهدة، فيسقط مقاله. ولا يلزم الرّسول التزامها. هكذا ذكر في **الموّازيّة**.

وقد يقال في هذا عندي: إنّ المشتري دخل مع الوكيل على أنّه إنّما تكون العهدة عليه لكونه لم يذكر له أنّ المبيع لغيره، فمن حقّ المشتري أن يطلبه بهذا الالتزام الّذي التزمه له. وقد قال في/ **الموّازيّة**: لا يجبر الوكيل على ذلك. فيمكن أن يكون رأى مجرّد هذا الفعل الّذي وقع من الوكيل لا يكون التزاماً للعهدة، وإذا لم يكن التزاماً لكونه يمكن أن يقول الوكيل: قد علمت أنّها لغيري والعهدة على غيري. وثبت بالبيّنة بعد وقوع العقد أنّ الأمر كذلك، فأشبه أن يعتقد الوكيل أن يستغني عن ذكرذلك، فإنّ العهدة لا تلزمه. وإذا لم تلزمه، صار تبدّلها غير ما عقد المشتري عليه. ورجوعها على البائع كعيب اطّلع عليه المشتري، فيكون بالخيار في ردّ البيع.

---

(1) هنا ينتهي النقص في الوطنية.

وإن تطوّع الوكيل بالتزام العهدة، سقط مقال المشتري. وقد أسقط مقال المشتري من عهدته إذا أتى مستحقّ فأجاز البيع وصارت العهدة عليه، فلم يعتبر ها هنا تبدّل العهدة. وسنبسط القول فيه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وهذا حكم الوكيل المعين إذا باع. فأمّا إذا اشترى فإنّ الثّمن عليه، نقداً كان الثّمن أو مؤجّلاً. وهذا إنّما فارق حكم البيع لأجل أنّ العادة أنّ من وكّل على شراء سلعة دفع إليه ثمنها. وأيضاً فإنّ العهدة أمدها مترقّب إذا طرأ استحقاق أو اطّلاع على العيب. وهذا قد لا يقع، فلهذا لم يجعل على الوكيل عهدة فيما باع، وجعل عليه المطالبة بالثّمن، لأنّ كلّ مثمون لا بدّ أن يكون له ثمن. وقد قال فيمن أمر أن يأخذ دراهم سلما على طعام: إنّ الوكيل لا يطالب بالطّعام المسلَم فيه، وإن كان قد اشتراه بالدّراهم الّتي دفعها المسلم عليه، ثمّ مع هذا لم يكن عليه دفع ثمنها وهو طعام السلم لمّا لم تجر العادة بمطالبة الوكيل بما أخذه سلما في ذمّة غيره.

والجواب عن السؤال الثّاني عشر[1] أن يقال:

إذا كان لرجل سلم في ذمّة إنسان فولاّه لآخر، أو أشرك فيه، أو باعه إن كان ممّا يجوز بيعه قبل قبضه كالعروض والحيوان، فإنّه لا عهدة ها هنا على المُولَّى، ولا على المشرك، ولا البائع الثّاني. لأنّ معنى العهدة ضمان المبيع، وهو لم يصل إليه فيضمنه، وإنّما باع ذمّة غيره، ومعنى ذمّة كأنّه شيء مضمون على غيره، فلا تكون عليه عهدة.

وأمّا إن كان المولّى أو المشرك فيه أو المبيع شيئاً معيّناً قبضه مشتريه وصار في ضمانه، ثمّ نَقَل ملكه عنه إلى غيره، فإنّ ذلك إن وقع بعد أن اشتراه وقبضه بعد تراخ وانفصال من الأوّل وافتراق منه، فإنّ العهدة على هذا البائع الثّاني.

---

(1) السؤال ساقط من النسختين، ويمكن استرواحه هكذا: ما حكم العهدة في السلم إذا وقع التصرف فيه؟

وأمّا إن وقع ذلك بفور شراء البائع الثّاني وقبل افتراقه من الأوّل الّذي باع منه، فإنّ التّولية والشّركة تسقط عنه فيها العهـدة، اشترط إسقاطها أو لم يشترط.

وأمّا البائع، فالعهدة عليه، لكنّه يجوز أن يشترطها على البائع الأوّل ويسقطها عن نفسه. وإذا كان وقع عقد الثّاني على الوجه الّذي قلنا: لا عهدة عليه فيه وهي على الأوّل، فإنّه ذكر/ في **الموّازيّة** في الشّركة والتّولية أنّه يجوز أن يشترطها المولّى والمشرك/ على نفسه. وقال **ابن الموّاز**: في هذا مغمز، لأنّه كضمان بجعل.

وهذا الّذي ذكرناه عن المذهب من ثبوت العهدة على البائع الثّاني إذا وقع بيعه بعد انقضاء اشترائه من الأوّل وافتراقه منه. ووجهه أنّ الأصل ثبوت العهدة على من باع ملكه، وهذا باع ملكه بعد أن قبضه وصار إليه وسقط ضمانه عمّن باعه منه، فصار ذلك كبيع الإنسان ما ورثه أو اشتراه من بائع باع منه من أعوام كثيرة. فإذا كان هذا العقد وقع بفور شرائه من الأوّل وفي حين مواجبة البيع، فكأنّه لم يشتره، ويقدّر أنّ المشتري الآخر إنّما اشتراه من البائع الأوّل. لا سيما والمخالف يذهب إلى أنّ البيع لا يتمّ إلاّ بافتراق المتبايعين.

وأمّا التّفرقة بين البيع والتّولية، فإنّ التّولية والشّركة مقتضاهما أن يحلّ الثّاني محلّ الأوّل، ويسقط حكم الأوسط، فتصير العهدة على البائع الأوّل، ويقدّر الّذي أشرك في سلعته أو ولاّها كأنّه لم يملكها، وإنّما صار كواسطة بين الآخِر والأوّل الّذي باع من الأوسط. فإذا كان العقد على جهة البيع وتحويل جنس الثّمن أو تحويل مقداره بَعُدَ، ها هنا، أن يُقَدَّر كأنّه لم يكن.

قال القاضي أبو محمّد رضي الله عنه في فصل قبل هذا:

وكلّ مبيع هلك قبل قبضه فهو من المشتري إذا كان متعيّناً متميّزاً. وإن كان ممّا يجب فيه حقّ توفية، فهو من البائع.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل سؤالان. أحدهما أن يقال:

1 ـ ما حكم الضّمان قبل القبض في البيع الصحيح؟

2 ـ وما حكمه في البيع الفاسد؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال:

قد تكلّمنا على أحكام الضّمان بعد القبض في أحكام العُهَد من الثّلاثة والسنَة. ورأينا أن نتبعه بالكلام على حكم الضّمان قبل القبض.

فاعلم أنّ المبيع إذا هلك قبل القبض، وهو متعيّن متميّز، ليس فيه توفية بكيل أو وزن، وذلك كالثّياب والحيوان، فإنّ العلماء مختلفون في ذلك.

فمذهب **أبي حنيفة والشّافعي** أنّ الضّمان متعلّق بالقبض لا بمجرّد العقد. فإذا ضاع الثّوب أو العبد قبل قبضهما، كانت مصيبة ذلك من البائع. ويحكى ذلك عن **ربيعة**.

والّذي يحكيه أصحابنا البغداديون عن **مالك** أنّه إنّما يتعلّق الضّمان بالعقد ولا يقف تعلّقه على حصول القبض بعد العقد. هكذا يورد أصحابنا، وغيرُهم نقلَ هذه المذاهب إيراداً مطلقاً.

والّذي يتحقّق من مذهبنا أنّ البائع إن أمكن المشتري من قبض المبيع الّذي ذكرناه فتركه عند البائع اختياراً منه، أنّ الضّمان يسقط عن البائع بالتمكّن، ويقدّر بقاء المبيع في يديه، بعد تمكين المشتري من قبضه، كقبض المشتري له ثمّ ردّه على البائع على جهة الوديعة عنده.

ومن المتأخّرين من يحكي عن المذهب الاختلاف في الضّمان مطلقاً، ولو كان البائع لم يمنع المشتري من القبض.

وبعض أشياخي يشير إلى الاختلاف في هذا أيضاً لأنّه يعلّل اختلاف قول **مالك** في المحتبسة بالثّمن، هل ضمانها من البائع أو من المشتري؟ إلى اختلاف في البيع ما هو؟ هل هو العقد فيضمن المشتري المبيع بمجرّد العقد؟ أو هو التّقابض فلا يضمن المشتري إلاّ بعد حصوله؟

وهذا الاعتلال منه يشير إلى وقف الضّمان على حصول القبض، وإن مكّن

البائع المشتري من قبض المبيع، إلاّ أن يريد حصول القبض حساً ووجوداً أو التمكين منه، ويرى التّمكين منه قبضاً، فيصحّ هذا النّقل عن المذهب.

على أنّ الاعتلال في نفسه ليس بالواضح. ويبعد أن يعتقد أحد من أهل المذهب أنّ حقيقة البيع هو التّقابض عن تعاوض.

وسبب هذا الاختلاف من جهة الظّواهر قوله ﷺ **(الخراج بالضّمان)**[1] فقال البغداديّون، من أصحابنا: اتّفق على أنّ الخراج للمشتري بمجرّد العقد، وإن لم يقبض المبيع. فاقتضى هذا الظّاهر كون الضّمان منه لمكان الخراج له، لكونه عليه السلام علّق أحدهما بالآخر في هذا الحديث.

وأجاب بعض أصحاب **الشّافعي** عن هذا بأنّه[2] عليه السّلام إنّما يتضمّن كون من له الخراج عليه الضّمان. إلاّ أن يقلب هذا اللّفظ فيكون الحديث الضّمان بالخراج، فإنّه إذا قال: الضّمان يوجب الخراج، لم يقتض هذا الخطاب أن يعكس، فيقال وكذلك الخراج يتضمّن الضّمان ويدلّ عليه. وليس إذا قرن الشّيء بالشّيء وصحّ في الطّرد يجب أن يصحّ في العكس، وإنّما اشترط الطّرد والعكس في العلل العقليّة، ألا ترى أنّه لو قال قائل: كلّ مرسل نبيّ، لم يلزم من هذا لما علق الرّسالة بالنبوّة أن يكون كلّ نبيّ رسول.

ويتعلّق المخالفون بخبر آخر وهو ما ورد في الحديث من نهيه **عن بيع ما لم يقبض وعن ربح ما لم يضمن**[3]. فكأنّه إنّما أشار إلى علّة النّهي عن بيع ما لم يقبض بأنّه إذا لم يقبض فلم يضمن.

وأجيب أيضاً بأنّ هذا لا يسلّم كونه دليلاً على أنّ علّة النّهي عن بيع ما لم يقبض كونه لم يضمن، ونحن نقصر النّهي على الأطعمة المكيلة والموزونة، فإنّا لا نجيز بيعها قبل قبضها، ونجيز بيع العروض قبل قبضها بالأدلّة الّتي قدّمنا في موضعها.

---

(1) الترمذي: 2/561. حد. 1285.
(2) أي بأن قوله.
(3) أحمد: 2/179.

وأمّا سبب الاختلاف من جهة الاعتبار، فإنّ المخالف يرى أنّ المبيع إذا لم يقبض، والعقد معرّض للفسخ، وإذاكان معرّضاً للفسخ، لم يستقرّ انبرامه ولزومه استقراراً كاملاً؛ ولهذا التفت الشّرع/ في الصّرف إلى إبطاله بالافتراق قبل التّناجز لمّا كان مجرّد العقد لا يتمّ به الملك تماماً كاملاً. والصرف خصّ بمنع الافتراق قبل تمام الملك.

وأجيب عن هذا بأنّ هذا حكم مقصور على الصّرف وعلى ما فيه الرّبا ممّا لا يحلّ التّأخير والافتراق قبل إنجازه لاختصاصه بدخول الرّبا فيه. ومنع الافتراق لأجل كون الملك في البياعات كلّها لم يتمّ بالعقد.

ويستدلّ أصحاب **مالك** بأنّ مجرّد القبض من غير تقدّم عقد لا تأثير له في إثبات الضّمان في كلّ المتملكات على أيّ صفة وقع القبض. وإنّما يتعلّق به حكم الضّمان المتفق عليه إذا تقدّمه عقد وجب القبض عنه. فإذا اجتمع الوصفان العقد ثمّ القبض، حصل الضّمان باتّفاق. وإذا فقد الوصفان، لم يتصوّر الضّمان باتّفاق. فإذا وجد أحدهما، فإن كان هو القبض بمجرّده، لم يؤثّر في الضّمان، لما قدّمناه في كونه كالعدم إذا لم يتقدّمه عقد. وإذا وقع العقد بمجرّده، كان أولى بالتّأثير في نقل الضّمان لكونه لم يتّفق على عدم تأثيره، وأيضاً فإنّه يناسب الضّمان، ألا ترى أنّ البائع لا يحلّ له منع المشتري من المبيع إذا دفع إليه الثّمن، بل يجبر على دفع المبيع إليه، فلولا أنّ العقد بمجرّده نقل الملك ما جبر البائع على تسليم المبيع إليه.

وإذا تقرّر أنّ اجتماع هذين الوصفين يوجب الاتّفاق على انتقال الضّمان، وجب إسناد الحكم، عند وجود أحدهما وعدم الآخر، إلى أشدّهما تأثيراً ومناسبة للحكم، كما يقوله المحقّقون في سبب الاختلاف في إثبات الشّفعة في شقص موهوب. فإنّ من أنكر الشّفعة/ فيه يقول بأنّ الملك إذا انتقل باختيار عن عوض، وجبت الشّفعة كالبيع. وإذ انتقل بغير اختيار وبغير عوض، كالميراث، لم تجب الشفعة. والشّقص الموهوب قد أشبه الميراث في كونه بغير عوض، وأشبه البيع في كون الملك انتقل باختيار. فينظر أيّ هذين الوصفين أشدّ تأثيراً

في الحكم، فيغلب وجوده على عدم الوصف الآخر.

وهكذا سبب الخلاف في العبد الموهوب، هل يتبعه ماله، كما نبسطه في موضعه إن شاء الله تعالى.

ويستدلّ أيضاً على تأثير العقد بمجرّده بإمضاء عتق المشتري للعبد وإن لم يقبضه.

وأجاب أصحاب **الشّافعي** عن هذا بأنّ الشّريك ينفذ عتقه في نصيب شريكه، وإن لم يملك نصيبه ملكاً تامّاً ولا ناقصاً، فكيف بهذا المشتري الّذي لم يقبض وقد ملك، وإنّما يترقّب زوال ملكه. وكذلك أيضاً يجيبون من استدلّ من أصحابنا على إمضاء تصرّف المشتري في المبيع، بأنّ تصرّفه فيه بإهلاكه وإتلافه قبضٌ له./ فلهذا أنفذ تصرّفه، كما ينفذ تصرّفه بعد القبض.

وقد كنّا قدّمنا عن بعض أشياخي أنّه يسند هذا الخلاف إلى النّظر في البيع، هل هو التّقابض أو التّعاقد؟ وكان أيضاً أولع به غيره من الأشياخ من إجراء الخلاف في هذا الأصل على الاختلاف في مراعاة مضيّ أمد التّسليم، ومقدار المناولة بعد زمن العقد. ويرى أنّ ذلك لو اعتبر لم يسقط بالتّراخي، كما أنّ التّوفية بالكيل والوزن لا يسقط حكمها بتأخير الكيل أو الوزن.

وهذا التّشبيه ضعيف لأنّ الكيل والوزن إنّما يتعلّق الضّمان بهما، لكون المبيع لا يتميّز عن ملك البائع إلاّ بالكيل، ولا يعلم مبلغ ما باع إلاّ بذلك. بخلاف العبد والثّوب المتميّزين بذاتهما وأجزائهما. وإنّما قال من قال إنّ مجرّد العقد دون إقباض المشتري للمبيع أو تمكينه منه لا يوجب الضّمان. وإذا مضى مقدار زمن التّمكين، انتقل الضّمان وسقط ما اعتبرناه من تعلّق حقّ المشتري بإمكان المناولة وتناول ما باع. فإذا تراخى عمّا جعل له من الحقّ في التّناول. فقد أسقط[1] في ذلك بعد أن وفّاه له البائع. وإلى هذا المعنى أشار في مختصر**ابن شعبان مالك**، رضي الله عنه، من اعتبار حال المشتري. فإن كان مليّاً

---

(1) هكذا في النسختين. والمعنى: أسقط حقه.

من أهل البلد، كان الضّمان منه. وإن كان بخلاف ذلك كغريب فقير، كان الضّمان من البائع. فقدّر أنّ المشتري إذا كان مليّاً معروفاً، فإبقاء السلعة بيد البائع إنّما كان باختياره، فصار كمودعها عند بائعها. وإذا كان فقيراً ممّن يمنع منه حتّى يدفع الثّمن، صار المنع منها من قبل البائع، وكان ضمانها منه. ولهذا قال في هذه الرّواية: وإن كان البيع إلى أجل عشرة أيّام أو نحوها كان الضّمان من البائع، لأنّها كالرّهن.

وهذه الإشارة إلى كونها كالرّهن هي طريقة **ابن القاسم** في المحبوسة بالثّمن. فإنّ **مالكاً** اختلف قوله في عبد بيع وحبس بالثمن، فقال مرّة: هو من البائع. وهو اختيار **أشهب**. وقال مرّة أخرى: هو من المشتري. وهو اختيار **ابن القاسم**، وأجراه مجرى الرّهن. ولكن **ابن القاسم** اختار من قولي **مالك** في سلعة حاضرة بيعتِ وحبست بالثّمن كونَها من المشتري. واختار من قولي **مالك** في سلعة غائبة بيعت كون ضمانها من البائع. وإن كان **مالك** قد اختلف قوله فيهما، هل ضمانهما من البائع أو من المشتري؛ وكان بعض/ أشياخي يعتذر عنه في اختلاف اختياره من قولي **مالك** في هاتين المسألتين الحاضرة والغائبة، بأنّ الغائبة يستحيل تسليمها والتّمكين منها بفور العقد، فتعلّق ضمانها بالبائع، والسلعة الحاضرة تسليمها بفور العقد ممكن غير ممتنع، فيحسن اعتبار مضيّ زمن التّسليم في/ هذا (كما يستحيل التّمكين فيه)[1]. بخلاف بيع الغائب الّذي يستحيل التّمكين فيه بفور العقد.

ومن الأشياخ من يسلك طريقة ثالثة سوى ما قدّمناه من اعتبار بعض أشياخي تعلّق الحكم بالعقد أو القبض واعتبار غيره لمقدار المناولة. فقال: إنّ أحد قولي **مالك** في هذا العبد المحتبس بالثّمن أنّ ضمانه من بائعه إنّما بنى الجواب فيه على أنّ الرّهن يضمن ولو كان حيواناً وممّا لا يغاب عليه. وكأنّه يشير بهذا إلى حصول الاتّفاق على كون الضّمان من المشتري. ويسند الخلاف

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: بما لا يستحيل..

إلى كون المشتري رهن العبد، وهو ممّا لا يغاب عليه، هل يضمن هذا الرّهن الرّاهن أو المرتهن؟ وهذا ظاهره مخالف لما تقتضيه الرّوايات المشهورة في كون ما لا يغاب عليه. لا يضمن. ويبعُد تأويل روايات مشهورة على مذهب شاذّ.

وقد كنّا قدّمنا قبل هذا أنّ طرق الاستدلال أنّه اتّفق على أنّ الخراج الحاصل عقيب العقد للمشتري، فاقتضى كون الضّمان يكون منه لقوله: (الخراج بالضّمان). ونبّهنا على ما قال أصحاب **الشّافعي** في هذا. وما ذكر من الاتّفاق عليه لا يسلمه بعض أشياخي ويرى أنّ الرّوايات بخلافه، وأنّ الّذي يحدث بالمحتبسة بالثّمن من عيب ونقص يجري على الخلاف في ضمانها. وكذلك ما يكون لها من غلّة يجري على الخلاف أيضاً في ضمانها. فإن قيل: إنّ الضّمان من المشتري، كان الخراج له والغلة، لأجل ضمانه. وإن قيل: إنّ الضّمان من البائع، كان الخراج له والغلّة، لأجل ضمانه، ولو كانت الغلّة كراء دار أو إجارة عبد. وسننبّه على هذا في بيع الغائب إن شاء الله تعالى.

وقد كنّا حكينا أنّ بعض المتأخّرين ذكر الاختلاف عن **مالك**، وإن لم يمنع البائع من التّسلِيم. فإن أراد أنّ هذا الاختلاف يتصوّر ولو مكّن من التّسليم، فوجهه عندي ما قدّمته. وإن أراد أنّه لم يمنع من التّسليم ولا مكّن أيضاً، وافترق المتبايعان على غير تصريح بأحد هذين الوجهين، فإنّه يصحّ ما أراد على أنّها كالمحتبسة لما كان له حبسها. وقد ذكرنا ما وقع في **مختصر ابن شعبان** من الاستدلال على أحد الوجهين بحال المشتري هل هو معروف غني أو غريب فقير؟

وقد اختلف المذهب أيضاً في المكيال إذا امتلأ بالزّيت فأهراق بفور امتلائه، هل يكون من البائع أو المشتري؟ وهذا يجري على الاختلاف في اعتبار انتقال الضّمان بقدر المناولة بعد العقد أو اعتباره بحصول العقد خاصّة. فإن اعتبرنا العقد بمجرّده، كان ضمانُ ما اكتيل وبلغ نهاية الكيل، ثُمَّ هلك قبل إمكان المناولة، من المشتري. وإن اعتبرنا مضيّ زمن المناولة،/ كان ذلك من البائع. وفي هذا المكيال الّذي أهريق عقيب كماله قولان مبنيّان على ما ذكرناه.

وقيل أيضاً: إن كان المشتري هو متولّي الكيل لنفسه، كان الضّمان منه. وكأن هذا قدّر أنّ اعتبار مضيّ زمن التّسليم والمناولة لمن لم يكن ذلك في يديه. وأمّا إن كان في يد المشتري فقد حصل ما يراد من إمكان المناولة، فلم يجب اعتبارها.

وهكذا يختلف في هلاك ثمر بيع أو زرع بيع فهلكا بعد يبسهما وكمالهما، هل يكون الضّمان من البائع أو من المشتري، بناء على اعتبار مقدار/ مضيّ زمن المناولة وإمكان التّسليم إذا كان هلاكهما قبل إمكان التّسليم.

وقد قيل أيضاً في الزّرع والثّمر: إنّ شرط جذاذه على البائع فهلك بعد اليبس، فإنّ ضمانه على البائع. وإن شرط ذلك على المشتري كان الضّمان من المشتري. وهذا قدّر أيضاً أنّ الجداد والحصاد ضرب من التّوفية، فمن كان ذلك عليه، كان الضّمان منه. ولكن القائل بهذا المذهب لم ينكر[1] من يكون ذلك عليه إذا أطلق العقد، فعلّق هذا بما قد يرتفع الخلاف فيه، وهو اشتراط ذلك على البائع أو المشتري. وعلى هذا بنى بعض الأشياخ اختلاف قول **مالك** في بيع الغائب، هل ضمانه من البائع أو من المشتري؟ لكون ما بيع وهو غائب لا يمكن مناولته بعد العقد. فلم يحصل ممّا يمكن تعليق الضّمان به سوى العقد. فمن علق الضّمان بمجرّد العقد، كما قدّمناه، قضى بأنّ ضمان الغائب من المشتري وإن هلك عقيب العقد وقبل إمكان الوصول إليه. ومن اعتبر، في تعليق الضمان بالمشتري، مضيَّ أمد المناولة والتّمكين لم يضمن ذلك المشتري إذا هلك الغائب عقيب العقد قبل أن يمضي من الزّمن ما يمكن وصول المشتري إلى الغائب فيقبضه. فإذا ذهب ما يمكن معه وصول المشتري إليه، ارتفع حكم الخلاف في اعتبار أمد التّسليم، لكونه حصل ها هنا ولم يبق إلاّ القبض، ونحن لا نوقف الضّمان على حصول القبض من مذهبنا، ومذهب **الشّافعي وأبي حنيفة**. ولكن بُني هذا الاختلاف في ضّمان المبيع الغائب على اعتبار مضيّ زمن التّمكين ومقدار التّسليم، يقتضي جريان هذا الخلاف في سائر المبيعات الغائبة

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يذكر.

ولو كان عقاراً. وهذا إنّما يستمرّ على مذهب من قال من أصحابنا: إنّ العقار يختلف فيه القول عندنا، هل ضمانه من البائع أو من المشتري؟ وأمّا من قصر نقل الخلاف عن **مالك** على السلع والحيوان دون العقار، فقد ينهدم هذا البناء عليه، إلاّ أن يرى أنّ التّسليم في العقار يتصوّر بالعقد وزوال يد البائع عن المبيع الغائب، وهذا/ قد يتصوّر في العقار لكونه ممّا لا ينقل ولا يزال به ولا يمكن نقل ذاته وتحويل مكانه. بخلاف السلع والحيوان الّتي يمكن تبدّل الايدي عليها بانتقال أمكنتها ومحالها. وقد قدّمنا نحن في بيع الطّعام قبل قبضه ذهاب من ذهب إلى منع بيع ما لم يقبض في السلع دون العقار، لكون السلع ممّا ينقل ويزال بها بخلاف العقار. وإذا كان هذا الاختلاف في ضمان الغائب مبنيًّا على ما قدّمناه من اعتبار مضيّ أمد التّسليم، فمن اعتبره جعل ضمانه على البائع، ولكنّه أجاز اشتراطه على المشتري. ومن لم يعتبره، جعل ضمانه على المشتري، ولكنّه أجاز اشتراطه على البائع أيضاً. وهذا جاز فيه تحويل محلّ الضّمان على ما يوجبه الشّرع عند من ذهب إلى تحويله بالاشتراط لأجل ما عرض من الإشكال في اعتبار قدر المناولة، ولأجل إشكاله، اختلف قول **مالك** فيه. فكأنّ مشترطه ألزم نفسه أحد مذهبين قال بهما **مالك**، فصار التزامه كإلزام حاكم له حكم عليه بأحد المذهبين. وإنّما يجوز هذا الاشتراط حال العقد. وأمّا لو استقرّ العقد وبَرَد، لم يجز نقل الضّمان عن محلّه عند من ذهب إلى تعيين أحد المحلّين له البائع أو المشتري. لأنّ هذا معاوضة على ضمان، ولا يجوز بيع الضّمان ولا شراؤه لما فيه من التّخاطر والغرر. وما جرى بين **عثمان بن عفّان**/ **وعبد الرّحمان بن عوف**، رضي الله عنهما لمّا اشترى **عبد الرّحمان** من **عثمان** فرساً باثني عشر ألف درهم. ثمّ قال **لعثمان**: هل لك أن أزيدك أربعة آلاف على أن أجعل الضمان منك. ففعلا، إنّما كان ذلك لأنّهما إنما كانا متراوضين في انعقاد البيع، وإنّما استقرّا على انعقاده على أنّ الضّمان على **عثمان** رضي الله عنهما. وتلك الزّيادة إنّما زيدت ليستقرّ العقد لها ويرتفع ما كانا يه من المماكسة والمراوضة. ولا يحسن أن يجري في هذا اختلاف أهل

المذهب فيمن اشترى عبداً ثمّ بعد العقد اشترط ماله، أو اشترى نخلاً ثمّ بعد العقد اشترى ثمرتها. لأنّ هذين ألحقا بأصليهما مال العبد ألحق العقد عليه بالعقد على العبد، فكأنّهما عقدان وقعا معاً. وكذلك الثّمرة مع أصولها. وهذا الضّمان إنّما يشترى بانفراده من غير إلحاق له بأصله، فلا يحسن الخلاف فيه، تخريجاً على الخلاف الّذي قدّمناه في مال العبد وثمر النّخل. فهذا الّذي قدّرناه وبنينا هذه الفروع عليه من اعتبارقدر المناولة والتّسليم مستند أيضاً إلى النّظر في نوع من هذا آخر. وهو النّظر فيما ذا يجب على البائع، هل إزالة يده عن المبيع فيحسن ها هنا تعليق/ الضّمان بالعقد إذا رفع يده عن المبيع. أو يجب عليه التّمكين والتّسليم، فيعتبر هل يجبر عليه هو أوّلاً، أو يجبر المشتري على دفع الثّمن قبل قبض المثمون؟ وهذا ممّا وقع فيه اضطراب كثير.

قال ابن القصّار الّذي يجيء على المذهب أحد أمرين: إمّا جبر المشتري على دفع الثّمن ثمّ يقضَى له بقبض المثمون. وإن أبيا أن يتطوّع أحدهما بالبداية على تسليم ما عنده تركا على ما هما عليه. قال: والوجه الأوّل أقوى.

وذكر القاضي إسماعيل أنّه يُدفَع الثّمن والمثمون إلى رجل، فيدفع الرّجل لكلّ واحد منهما ما يستحقّه. وهذا أيضاً قد يتشاحان فيه فيمن يبدأ بالدّفع إلى هذا المعدِّل بينهما. أو يقال يتناوَل ذلك منهما جميعاً تناولاً واحداً. وقد قال بعض أشياخي: قوله في المدوّنة في كتاب الأكرية: يبدأ صاحب الدّابّة بالدّفع. فكلّ ما مضى يوم أخذ مقداره من المكتري: يشير إلى أنّ البائع يبدأ بدفع السلعة. وقال في النّكاح: للمرأة أن تمنع نفسها حتّى تقبض صداقها. وهذا يشير إلى البداية بدفع الثّمن قبل المثمن. وقد بسطنا في هذا الوجه في كتاب السلم، وذكرنا ما قال فيه أصحاب الشّافعي وغيرهم. وقد كنّا قدّمنا أنّ ما حدث من نقص في المحتبسة بالثّمن، فإنّه يجري على الخلاف في ضمان الكلّ. فإن قلنا: ضمان السلعة المحبوسة بالثّمن من البائع، ضمن ما طرأ من نقص، وكان ذلك عيباً للمشتري أن يردّ السلعة به. وإن قلنا: ضمان السلعة من المشتري، لم يكن للمشتري مقال فيما حدث من النقص، وهكذا ينبغي أن يجري هذا الخلاف

في الزّيادة الحادثة في المدّة المحبوس فيها المبيع بالثّمن.

وقد قال بعض الأشياخ: لو عقد البيع في أمة بعينها بياض فحبست بالثّمن فذهب بياض العين في مدّة الاحتباس بالثّمن، فإنّ هذا يجري على الاختلاف في ضمان المحتبسة بالثّمن، كما جرى حكم النّقص على ذلك. وأشار إلى أنّه يكون للبائع نقض البيع لأجل هذا النّماء والزّيادة وهو ذهاب العيب، كما كان للمشتري نقض البيع لأجل ما حدث من عيب في أيّام الاحتباس بالثمن.

وهذا قد يقال فيه هلا كان شريكاً بهذه الزّيادة؟ لأنّ السلعة المعقود فيها البيع ثبت الملك بها/ للمشتري، ولم يحدث ما يوجب حلّه. لكن حدث اختلاط ملك طرأ له بهذه السلعة المبيعة. وقد كنّا قدّمنا ذكر ما قيل في غلّة المحتبسة بالثّمن. ولعلّنا أن نبسط هذا في كتاب بيع الغائب إن شاء الله تعالى./

ويلحق بما نحن فيه من الكلام في الضّمان قبل القبض في البيع الصحيح هلاك السلعة إذا ردّت بعيب قبل أن تصير إلي يد البائع الّذي ردّت عليه. وهذا فيه قولان: أحدهما: أنّ السلطان إذا قضى للمشتري أن يردّ بالعيب، فإنّ مصيبة هلاك السلعة بعد هذا القضاء من الحاكم يكون من البائع.

والقول الثّاني إنّه من المشتري حتّى يقبضها البائع.

فمن جعل الضّمان من المشتري يعتلّ بأنّ قضيّة السلطان بالرّدّ إنّما تضمّنت إثبات تخيير المشتري بين الرّدّ أو الإمساك، فهي منه حتّى يردّها. ومن رأى أنّ الضّمان من البائع يقدّر أنّ المشتري لمّا رفع الأمر إلى القاضي ليقضي له بالرّدّ، صار كالوكيل له على الرّدّ. فإذا قضى بالرّدّ صار ردّه كردّ المشتري بنفسه. هذا الّذي يشير إليه بعض الأشياخ.

والتحقيق عندي فيه أن يلتفت في هذا إلى ما كنّا قدّمناه من الخلاف في الرّدّ بالعيب، هل هو نقض للبيع من أصله وحلّ للعقد؟ أو هو كابتداء بيع؟ فإن قلنا: إنّه حلّ للبيع من أصله ورفع للملك حتّى كأَن المشتري لم يملك السلعة، حسن أن يقال على هذا: إنّ الضّمان من البائع. وإن قلنا: إنّ الرّدّ بالعيب

كابتداء بيع، عاد الأمر إلى ما كنّا قدّمناه من اعتبار تعلّق الضّمان بمجرّد العقد للبيع أو بمجرّد العقد مع اعتبار مضيّ إمكان التّسليم بعده.

ولو لم يقض السلطان بالرّدّ ولكن قال: فسخت البيع لأجل العيب، فإنّ **ابن القصّار** ذكر أنّ البيع ينتقض. فهذا عندنا وعند **الشّافعي**. وهذا الّذي قاله، إنّما يحسن إذا كان لا إشكال فيه ولا تدَاعٍ[1]. وأمّا إذا كان ممّا فيه اختلاف بين العلماء ونداع بين الخصمين، فينبغي ألاّ يقتصر في الفسخ علىمجرّد قول المشتري.

وقال **ابن القاسم**: إذا اطّلعت المرأة على أنّ زوجها عبد، فإنّ النّكاح ينفسخ بفسخها له. بخلاف لو اطّلعت على أنّ به برصاً، فإنّه لا ينفسخ بمجرّد قولها، لأجل أنّ الرّدّ بالبرص يفتقر إلى اجتهاد.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال:

قد تكلّمنا في كتاب البيوع الفاسدة على أحكام الضّمان بعد القبض، وذكرنا خلاف فقهاء الأمصار وغيرهم في ذلك، وأشرنا إلى حكمه قبل القبض أيضاً، وتعلّق الضّمان فيه بمجرّد التّمكين من غير قبض على اختلاف أهل المذهب في ذلك، وذكرنا سبب اختلافهم في هذا. وكذلك تصرّف المشتري فيه وهو في يد البائع، فإنّه إن باعه المشتري قبل أن يقبضه بيعاً صحيحاً، فإنّ فيه اختلافاً/ . وقد عورض فيه من لم يمض بيع المشتري فيه قبل القبض بأنّه أمضى فيه هبته فيه قبل القبض، والبيع أحرى أن يمضى، لكونه لا يبطله الموت ولا الفلس بخلاف الهبة. وقد قيل في الهبة: إذا باعها الموهوب قبل أن يقبضها، فإنّ موت الواهب لا يبطلها لتعلّق حقّ المشتري بها. وذكر **أشهب** أنّ عتق البائع للعبد المبيع بيعاً فاسداً لا ينفذ ولو ردّ عليه العبد بالفسخ. وعتقُ المشتري ينفذ في يد البائع، لأجل أنّ البائع ممكّن للمشتري من التصرّف فيما باعه. وإن كان **سحنون** لا يرى عتق المشتري نافذاً، لأنّ إذن البائع في التصرّف لا يصحّح العقد. وذكر **أشهب** أنّ المشتري إذا أعتق العبد وهو في يد البائع قبل أن

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تداعياً.

يقبضه/ ولا مال له، لكن القيمة الواجبة على المشتري بالعتق[1] وإفاتة المبيع بأن صيّره حرًّا، إن كانت أكثر من الثّمن الّذي اشترى به العبد، فإنّه إنّما يباع من العبد بمقدار الثّمن ويعتق منه ما زاد على ذلك ويتبع به المشتري متى أيسر. مثل أن يكون العبد اشتراه بعشرة دنانير، وقيمته عشرون، فإنّه إنّما يباع منه بالعشرة الّتي هي الثّمن لا أكثر من ذلك. وقدّر ما زاد على الثّمن كدين طرأ على المشتري بعد أن أعتق عبده، فلا يردّ به العتق.

وناقضه **ابن الموّاز** في هذا بما قاله في مسألة أخرى من هذا المعنى، فإنّه ذكر فيمن عنده عبد يساوي مائة دينار فأعتق، وعليه خمسون ديناراً لرجل، ثمّ استدان من رجل آخر بعد العتق خمسين أخرى، فإنّه ذهب إلى أنّ العبد يُرَدّ عتقُ جميعه. لأنّه إذا ردّ نصفه وبيع في الدّين السابق للعتق، وجب لمن له الدّين الحادث بعد العتق أن يحاصّ الأوّل في الخمسين الّتي قبض فيأخذ منه نصفها، فيعود الأوّل طالباً للغريم المعتق، بما أخذ من يديه ممّا دفع من دينه إليه. فإذا بيع من العبد الأوّل بخمسة وعشرين ليكمل له دينه، عاد الثّاني فحاصّ الأوّل في هذه الخمسة وعشرين بنصفها، فينقص دين الأوّل فيطلب ردّ ما بقي من العبد معتقاً ليباع له في دينه، هذا كلّما أخذ حَاصَّهُ فيه الثّاني، فيعود هو لأجل المحاصّة طالباً للإكمال حتّى يستكمل ردّ جميع العبد.

و**ابن القاسم** يرى أن ليس من حقّ الأوّل إذا أخذ من يديه نصف الدّين، أن يرجع إلى المطالبة بما أخذ منه. فألزم **ابن الموّاز أشهب** أن يقول في هذه بما قاله **ابن القاسم** في القيمة الواجبة للبائع بسبب الإعتاق من أنّه ينبغي أنّه إذا بيع من العبد بالعشرة الّتي هي الثّمن قدّر نفسه/ كرجل آخر يطالب بالدّين الواجب من جهة التّقويم فينتقصُ ما أخذ من الثّمن فيعود يطالب بإكماله.

وأشار بعض الأشياخ إلى أنّ هذا لا يُناقَض به **أشهب**، لأجل أنّ من بيده رهن بالدّين لا يحاصه أحد، والعشرة الدّنانير الّتي هي الثَّمنُ العبدُ بها رهن في

(1) بياض في الوطنية بمقدار كلمتين.

يد البائع، فإذا أخذها، لم يحاصّ بدين حدث بعد العتق.

وهذه المسألة يلتفت فيها عندي إلى النّظر في أصل آخر، وهو كون العتق تضمّن حرّية العبد، وتضمّن إلزام المشتري القيمة. فهل يقدّر أنّ لزوم القيمة تؤخّر بعد العتق أم لا؟ هذا الأصل ممّا اضطرب فيه المذهب ولعلّنا أن نبيّن ما في هذا الأصل من الاضطراب في موضعه إن شاء الله تعالى.

كتاب الوكالات



بسم الله الرحمن الرحيم

صلّى الله على سيّدنا محمّد وعلى آله وصحبه وسلّم تسليماً.

كتاب الوكالات

قال القاضي أبو محمّد رضي الله عنه: كلّ حقّ جازت فيه النّيابة، جازت الوكالة فيه، كالبيع والشّراء والإجارة واقتضاء الدّيون وخصومة الخصم والتّزويج والطّلاق، وغير ذلك.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل ثلاثة أسئلة، منها أن يقال:

1 ـ ما الدّليل على جواز الوكالة على الجملة؟

2 ـ ومن تجوز له الوكالة؟

3 ـ وما الّذي تجوز فيه الوكالة؟/

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال:

الدّليل على جواز الوكالة الكتاب والسنّة وإجماع الأمّة والاعتبار.

فأمّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ﴾[1]. وهذا يقتضي التصرّف في مال اليتيم. فإذا جاز ذلك بإذن من لا يملك المال حال التّصرّف فيه، فجواز ذلك بإذن من يملك التصرّف فيه أولى وأحرى. وقد قال تعالى: ﴿وَيَسۡـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلۡيَتَٰمَىٰۖ قُلۡ إِصۡلَاحٞ لَّهُمۡ خَيۡرٞۖ﴾[2]. وقال

---

(1) سورة النساء، الآية: 6.

(2) سورة البقرة، الآية: 220.

تعالى: ﴿ فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ ﴾[1]، وهذه وكالة من أصحاب الكهف. وهذا وإن ثبت أنّه كان في شرعهم، فشرع من كان قبلنا مختلف في تعبّدنا به.

وأمّا الآثار فكثيرة، منها وكالته، عليه السلام، **لحكيم بن حزام** على أن يشتري له أضحية بدينار فاشتراها، ثمّ باعها بدينارين فاشترى بأحد الدّينارين شاة وأتاه بها مع الدّينار الآخر فقال له: تصدّق بالدّينار. الحديث[2]. ودفع لغيره ديناراً فاشترى به شاتين فأتاه بذلك فقال له: بارك الله لك في صفقة يمينك[3]. إلى غير ذلك من الآثار الكثيرة في هذا.

وقد تقرّر الإجماع على جواز الوكالة على الجملة.

ومن جهة الاعتبار أنّ بالنّاس ضرورة إلى النّيابة عنهم في أموالهم. فاقتضى ذلك جواز الوكالة لأجل هذه الضّرورة، كما جاز لهم التصرّف فيه بأنفسهم لحاجتهم إلى ذلك.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال:

كلّ من جاز له التصرّف في الشّيء بنفسه، جاز أن يتسبَّب[4] غيره فيه، لأجل الحاجة إلى ذلك على الجملة كما قدّمناه. وكذلك حكم الوكيل في نفسه، فإنّه من جاز أن يتصرّف لنفسه جاز أن ينوب فيه عن غيره، ما لم يمنع من ذلك مانع. مثل العبد فإنّه يعقد نكاح نفسه ولا يعقد نكاح ابنته، وهذا[5] ما أذن سيّده له في التصرّف في المال. وكذلك المرأة لها أن تعقد على نفسها المعاوضة على الاستمتاع، ولكن بشرط الوكيل[6]، ولا تعقد نكاح غيرها من

---

(1) سورة الكهف، الآية: 19.
(2) نصب الراية: 4/90.
(3) نفس الإحالة.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يستنيب.
(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إذا.
(6) هكذا في النسختين، والمعنى ظاهر، وفيه قلق.

الإناث، إلى غير ذلك ممّا في معناه.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال:

أمّا العبادات الّتي هي من أعمال الأبدان المحضة، فلا تجوز النّيابة فيها كالصّلاة والطّهارة، فإنّه لا ينوب فيها أحد عن غيره، وكذلك الحجّ، لكنّه إذا أوصى به، نفذت الوصيّة على ما نذكره في موضعه. وعند المخالف يستناب فيه مع الحياة، على ما نفصّل القول فيه في موضعه، إن شاء الله تعالى، لمّا كان عبادة بدنيّة وفيها بذل مال، والأموال تصحّ النّيابة فيها. ولكن إذا كان ذلك ممّا لا يستناب فيه على ما قدّمناه من مذهبنا ومذهب المخالف، فإنّ العذر عن ذلك كون ركعتي الطّواف تبعا في هذه العبادة.

وأمّا الزّكاة فإنّها تصحّ النّيابة فيها من مال من ينوب، ومن مال من وجبت عليه الزّكاة. وإن كانت من القربات، فإنّها عبادة ماليّة. وقد **استناب النبيّ ﷺ عليًّا في نحر البدن**[1] **ونحرها قربة**.

وأمّا الصّوم فإنّه لا تصحّ النّيابة فيه مع الحياة. وأمّا مع الموت فعندنا أنّه لا يصوم أحد عن أحد حيًّا كان أو ميّتاً. وقد روي في الصحيح الحديث المذكور فيه من **مات وعليه صوم صام عنه وليّه**[2]. والمخالف أخذ بها[3] على حسب ما ذكرناه في الكتاب «**المعلم**». وبه أخذ **الشّافعيّ** في أحد قوليه.

وأمّا الحدود فتجوز النّيابة فيها أيضاً. وقد قال عليه السلام: (واغْدُ يا أُنَيْس على امرأة الآخر فإن اعترفتْ فارجمها[4].

وعند الشافعية اختلاف في جواز الوكالة على استيفائها مع غيبة الموكِل.

وتجوز الوكالة في اقتضاء الحقوق. وقد قال عليه السلام لجابر: خذ لي

---

(1) فتح الباري: 302/4 ـ إكمال الإكمال: 372/3.

(2) المعلم: 39/2 حد. 443.

(3) كذا في النسختين، ولعل الصواب: به.

(4) الترمذي: 102/3. حد. 1433.

من وكيلي في خيبر خمسة عشر وسقا[1].

وكذلك في إجرائها، وفي حديث **فاطمة بنت قيس** **إقامة وكيل** يجري عليها النفقة[2].

وتجوز النيابة في عقد النكاح. وقد وكّل عليه السلام **عمرو بن أمية** في عقد نكاح **أم حبيبة بنت أبي سفيان** وهي **بالحبشة**[3]، **ووكَّل أبا رافع** في عقد نكاح ميمونة بنت الحارث[4].

وتجوز النيابة في الطلاق، وقد قال تعالى: ﴿ فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴾[5].

إلى غير ذلك من سائر المعاملات المالية.

وأما الوكالة على الخصومة فإنه لا خلاف في جوازها عند الضرورة إليها لأجل غيبة الموكل أو مرضه أو كونه امرأة ذات خدر. لأن هؤلاء في حكم من لا تتأتّى منه الخصومة (فضمت الضرورة إلى إباحتها بهم)[6].

وأما وكالة الحاضر على الخصومة فإن ذلك يصحّ عندنا، وعند الشافعية. ويمنع عند **أبي حنيفة**، وخالفه أصحابه في ذلك، **أبو يوسف ومحمد بن الحسن**. وتعلق من الظواهر بقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ﴾[7]. فإذا طلب بحق فلم يحضر مجلس الحكومة واستناب، فقد أعرض، والإعراض قد تضمنت هذه الآية ذمَّ من فعله.

---

(1) مختصر أبي داود: 5/238 حد. 3485.

(2) البيهقي: السنن الكبرى: 7/471 ـ 476.

(3) مختصر أبي داود: تهذيب ابن قيم الجوزية: 3/32.

(4) البداية والنهاية: 6/391.

(5) سورة النساء، الآية: 35.

(6) هكذا في النسختين ولعل الصواب: فدعت.... لهم.

(7) سورة النور، الآيات: 48 ـ 49.

وهذا استدلال ضعيف، والقصد به ذم من لم يؤمن، ألا تراه قال تعالى: ﴿أَفِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ أَمِ ٱرۡتَابُوٓاْ أَمۡ يَخَافُونَ أَن يَحِيفَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِمۡ وَرَسُولُهُۥۚ﴾[1] وهذه أوصاف الكفار.

وتعلقوا بقوله، عليه السلام: «**من ولي بين اثنين فَليسَاوِ بينهما في المجلس والنظر**»[2]. وهذا يقتضي حضور الخصمين جميعاً حتى تقع المساواة بينهما. وهذا كما كتب عمر، رضي الله عنه، **لأبي موسى الأشعري**: «ساوِ بين الخصمين من مجلسك ولفظك ولحظك، حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأَس ضعيف من عدلك»[3].

وهذا التعلق أيضاً ضعيف، لأن المساواة تحصل بين الوكيل والخصم والوكيل يحل محل الموكل، والمساواة ها هنا بين الوكيل والخصم كالمساواة بين الموكل والخصم، مع كون الخصم له أن يوكّل فيستويان في سائر الأحوال. فإذا لم يمنعه من ذلك فقد وقعت المساواة بينهما.

وهكذا إن قالوا: أحد الخصمين يتمرّث بالخصومة وحضور مجلس المحاكمة، وقد يضع من نفسه بذلك، فإذا وكل الآخر وتنزه عن ذلك لم يستويا، لأنه، أيضاً، لم يُمنع هو من أن يوكِّل، واختار أن ينوب بنفسه، فترْك المساواة بينهما من قِبَله لا من قبل الحاكم.

وتعلق بأن[4] لا تنقل الشهادة عن شهود حاضرين، فإذا لم تقبل شهادة الفرع مع حضور الأصل فكذلك لا تقبل الوكالة مع حضور الموكل إذا لم يرض الخصم بذلك.

وأجيب عن هذا بأن لسان الوكيل كلسان الموكل وكلامه ككلامه، وشهود الفرع إنما شهدوا بنقل شهادة، وشهود الأصل شهدوا بالحق من أصله، فلم يكن ذلك كالوكالة. وأيضاً فإن القاضي يلزمه البحث عن عدالة الشهود، فإذا التزم

(1) سورة النور، الآية: 50.
(2) من كلام علي كرم الله وجهه الاستذكار ج 23 ص 88.
(3) إعلام الموقعين: 1/72.
(4) هكذا، ولعل الصواب: بأنه.

قبول شهادة الفرع كشف عن فرقتين شهود الفرع وشهود الأصل، وهذا فيه كلفة، بخلاف الوكالة. وأيضاً فإن عدول شهود الأصل عن الحضور، مع عدم العذر، مما يستراب، إذ لو حضروا لَظهر للقاضي من حالهم وتأدية شهادتهم ما يوجب الوقف.

وقد قال بعض أصحاب **الشافعي**: الفرق بينهما أن الوكالة/ تجوز من الحاضر إذا رضي خصمه، ولا تجوز قبل[1] شهادة الفرع مع حضور الأصل وإن رضي الخصم.

وهذا الذي ذكروه، من الفرق، وكون الرضى لا ينفع، ونقل الشهادة والرضى ينفع في قبول الوكالة، يفتقر إلى تفصيل.

ويعتمد من يجيز الوكالة على الخصومة، وإن كان الموكل حاضراً، على أن إباء الخصم من التوكيل عليه تعنيت وإضرار بالغير من غير فائدة، وهذا ممنوع في الشرع، ألا ترى أن من عليه حق فوكل على قضائه فإن[2] ليس من حق من له الدين أن يمتنع من قبوله من يد الوكيل لما كان لا فائدة له في هذا الامتناع. ويجيب المخالف عن هذا بأن الامتناع من قبول الخصام بوكالة فيه غرض صحيح، لأنه قد يوكل الخصِم الألدّ الحاذق بالتحيّل في الخصومات وإبراز الباطل في صورة الحق، ولو تُرك الخصم مع خصمه لأَمِن من ذلك، مع كون الوكيل لا علم عنده من صحة الطلب أو بطلانه أو[3] المرافعة عنه هل هي حق أو باطل، وقد يتعدى فيها بما[4] يجوز، فلهذا يجب أن تمنع وكالة الحاضر. بخلاف الوكالة على قضاء الدين فإن تناوله من يد الموكل والوكيل سواء لا يتصور اختلاف الأغراض فيه. وليس منازلة الخصم المطلوب أو الطالب، وهو مغفّل، كمنازلة الوكيل العارف بوجوه الخصام والمناقضات.

فإن قيل: قد صار للطالب حق في مجاوبة المطلوب، وإذا كان ذلك حقاً

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ولا يجوز قبول.

(2) هكذا، ولعل الصواب: فإنه.

(3) هكذا، ولعل الصواب: وَ.

(4) هكذا، ولعل الصواب: (بما لا) ـ أو (ما).

له لم يلزمه أن ينتقل عنه حقه في ذلك إلى غير من استحقه عليه، ألا ترى أن الحوالة لا تلزم بغير رضى من له الدين لما كان استحق ديناً في ذمة فلا يلزمهُ التنقل إلى غيرها.

وأجيب عن هذا بأن إلزامه للحوالة إسقاط ملك له عن ذمة واشتراء ذمة أخرى، والبيع والشراء لا يكون إلا بالتراضي. وهذا المعنى لا يتصور في الوكالة.

وأما ما ذكروه أيضاً من كون الوكيل قد يقع في المدَافعة بباطل، فإن ذلك لم يحرم عليه الوكالة، لأنه يبني أمره على صدق من وكله، ألا تراه إذا رضي الخصم بالوكالة حصل الاتفاق على جوازها مع إمكان أن يكون الوكيل يقع في باطل. وإنما ذلك لأنه يبني أمره على صدق من وكّله.

وكذلك أيضاً، اختلف الناس في جواز الوكالة على استيفاء القصاص والحقوق من غير حضور الموكل. وذكر بعض أصحاب **الشافعي** أن الوكالة عليها تجوز من غير خلاف عندهم. وقال بعضهم بالمنع من غير خلاف. وقال بعضهم: إن مذهب **الشافعي** على قولين في هذا. واعتلّوا للمنع بأنه يمكن أن يكون لو حضر الموكل لعفا وأسقط حقّه في ذلك، فيجب أن يحتاط للدماء بأن لا تراق مع جواز أن تصان، فإذا حضر الموكِّل لاستيفائها أُمن من هذا الذي جوزناه. واعتلّ المجيزون بأن هذا التجويز والإمكان لا يرفع الأصل الثابت وهو جواز النيابة قياساً على سائر الحقوق. وناقضوا من منع من ذلك بأن هذا الإمكان والتجويز الذي اعتلوا به يوجب، أيضاً، ألاّ يقام الحدّ إلا إذا حضر الذين شهدوا لِجوازِ أن يرجعوا عن الشهادة.

قال القاضي أبو محمد، رحمه الله:

«وهي من العقود الجائزة فليس للوكيل أن يتصرف بعد علمه بعزل الموكل له وتصرفه باطل يضمن ما أتلف. وفي ضمانه ما يتصرف فيه بعد العزل وقبل العلم خلاف».

قال الإمام، رحمه الله: يتعلق بهذا الفصل أسئلة، منها أن يقال:

1 ـ هل الوكالة من العقود الجائزة أو اللازمة.

2 ـ وهل تصح العزلة مع كون المعزول لم يعلم بها.

3 ـ وهل يقوم الموت وزوال العقل مقام العزلة؟

4 ـ وهل/ يلزم الموكل إقرار وكيله؟

5 ـ وهل تتضمن الوكالة على العقود ما تعلق بها؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

إذا وكل رجل رجلاً على أن ينوب عنه في ما ذكرنا أنه تجوز النيابة فيه، فإن الوكيل بالخيار بين أن يقبل الوكالة أو يمتنع من قبولها.

فإن قبلها على الفور عند خطاب الموكل فلا خفاء بصحة ذلك وجوازه.

وإن لم يقبلها إلا بعد زمن طويل، فإن أصحاب **الشافعي** ذكروا أن هذا القبول يصحّ في المعلوم والمجهول والموجود كما يصح ذلك في الكالة[1]. مثل أن يوكله على أن يقتضي من زيد مائة دينار، أو يقتضي من زيد ما استحقه عنده مِن غير أن يعلم مبلغه، أو يوكله على ما قد استحقه على زيد أو على ما يستحقه قِبَله. كما يستوصي من ينظر بعد موته في معلوم أو مجهول، وما استحق وما يستحق. فلما كانت الوصية تصحّ، وإن تأخر القبول، فكذلك تصح الوكالة وإن تأخر القبول.

وأما مذهبنا فإنه قد يخرج عندي على القولين في قول الرجل لامرأته: اختاري، أو قوله: أمرك بيدك. فإنه اختلف قول **مالك** فيها إذا قامت من المجلس ولم تخْبره في أي مرة، أن حقها سقط بتراخيها عن الجواب.

وقد قال بعض أشياخي من الفقهاء: إن هذا الاختلاف ينبني على اختلاف الأصوليين في الأمر، هل هو على الفور أو التراخي؟ فذكرت هذا لإمامي في الأصول فلم يتلقه بالقبول، وقال: أوْلى من هذا أن يكون يجري، هذا على

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الوصيّة.

اختلاف أهل الأصول في العموم في المعاني هل يثبت أم لا؟ لأن قوله: أمرك بيدك، لم يُذكر فيه الزمن بصيغة يتناوله من حيث لم يقيد الخطاب بزمن حمل على العموم.

وعلى طريقة هذين الشيخين يتصور الخلاف في الوكالة بحسب ما تُصوّر في التخيير والتمليك.

والتحقيق في هذا يرجع إلى اعتبار القصود والعوائد، هل المراد بهذه الألفاظ استدعاء الجواب بِداراً، فإن تأخر فإن المخاطب يسقط حكم خطابه، أو المراد استدعاء الجواب معجلاً أو مؤخراً؟

وما ذكره أصحاب الشافعي من الاستدلال بالوصية فإن الأصل في هذا كله أصل واحد يرجع إلى ما قدمته. وإن وقعت التفرقة فبحسب مقتضى المراد والمقصود في هذه الألفاظ. والغرض في الوصية اقتضاء الجواب بعد الموت إذا كان الحكم فيها جواز قبول الوصي بعد الموت مع سماعه لخطاب الموصي في الحياة وتأخيره الجواب. فإذا تقرر هذا فاعلم:

أن العقود على ثلاثة أضرب:

1 ـ عقد لازم من الطرفين جميعاً، كالبياعات والإجارات والنكاحات.

2 ـ وعقد جائز من الطرفين جميعاً كالجعالات والمساقاة والقراض، على أحد الأقوال، أيضاً، عندنا، فإنه قد قيل في الجعل والقراض: إنه لازم بالعقد لهما جميعاً. وقيل: بل كل واحد منهما بالخيار، ما لم يعمل العامل، على ما سيبسط في موضعه، إن شاء الله تعالى.

فإن قيل: هلا عددتم النكاح من العقود اللازمة من أحد الطرفين، وهو المرأة، الجائزة من الطرف الآخر وهو الزوج لكونه قادراً على حَلِّ العقد بالطلاق وإن لم ترض الزوجة بحله.

قيل: ليس المراد بما ذكرناه إلا النظر في رفع العقد من أصله. والزوج، ها هنا، إنما يملك قطع استدامة العقد واتصاله، لا رفع العقد من أصله، ألا تراه

إذا طلق قبل الدخول لزمه نصف العوض، وبعد الدخول يلزمه جميع العوض وهو الصداق. فلو كان له رفع النكاح من غير غرامة لأمكن أن يلحق بالعقود اللازمة من طرف دون طرف.

وكذلك يحسن عندي أن يقال/ في الشركة وأن حقيقتها مبايعة، ولكن لكل واحد من الشريكين أن يدعو إلى المفاصلة، فتُحلّ الشركة. وإنما ملك في هذا قطع الاستدامة وهو الاتصال.

فإذا تقرر هذا فإن الوكالة من العقود الجائزة من جانب الموكِّل لأنه إنما ينوّب عنه الوكيل لا لحق نفسه ومنفعتها إذا كانت الوكالة بغير عوض بالحق الموكل ومنفعته، وله أن يمتنع من هذا الانتفاع، قياساً على الوديعة فإن له ارتجاعها بإجماع لما كان حفظها في يد المودع حقٌّ له لا حقٌّ عليه.

وهذا ما لم يتعلق بالوكالة حق للوكيل أو لغيره، فإن تعلق بالوكالة حق للوكيل مثل أن تكون الوكالة بعوض فإنها تكون إجارة، فإنه لا يمكن الموكل من عزلة الوكيل. أو تتصور للوكيل منفعة من غير جهة المعاوضة. أو يكون في ذلك حقٌّ لغير الوكيل فلصاحب الحق أن يمنع الموكل من عزل الوكيل. كما لو وكّل رجل رجلاً على مخاصمة إنسان، فإنه إذا أراد عزلته بعد أن نشب في خصام المطلوب وأشرف على الانفصال، فإن الموكل يُمنع من عزلته إذا منع من ذلك المطلوب، إلاّ لِعذر، كمرض الوكيل أو سفره، أو عجزه عما وُكل عليه، أو تفريطه فيه تفريطاً يخشى على تلف حق الموكل معه.

وأما الطرف الآخر، وهو الوكيل، فإنه في حقه من العقود الجائزة، أيضاً، على ما ذكره ابن القصار من كون الوكيل له أن يعزل نفسه. وبعض أشياخي يرى أن المسألة تتخرج على القولين في الهبة، هل تلزم بالقول ويمنع الواهب من الرجوع عنها وإن لم تقبض، أو يكون للواهب الرجوع عنها قبل أن تقبض، لأن الوكيل وهب حركاته وتصرفاته لمن وكله فمنع من الرجوع عن ذلك، كما يمنع من الرجوع عن سلعة وهبها، إذ لا فرق بين هبة المنافع وهبة الرقاب.

وبعض أشياخي يرى أن الخلاف في ذلك مسطور، ويتعلق بما رواه **ابن نافع في المبسوط عن مالك** فيمن أبضع مع رجل بضاعة ليشتري له بها سلعة بعينها، فذهب الوكيل فاشتراها، ثم قال، بعد شرائه: إني لنفسي اشتريتها. فإنه يقبل قوله، ويحلف إن اتّهم. وذكر في **ثمانية أبي زيد عن عبد الملك بن الماجشون** أن السلعة تكون للآمر، إلا أن يكون قد أشهد الوكيل حين الشراء أنه اشتراها لنفسه. فأما رواية **المبسوط** فإنها عنده تقتضي ما قاله **ابن القصار** من كون الوكالة غير لازمة للوكيل، لأنه جعل السلعة له وإن لم يشهد حين العقد أنه إنما اشتراها لنفسه وأنه قد انعزل. هذا وقد أدخل الموكِّلَ بالتزامه للوكالة في ضرر، وهو نقل ماله من بلد إلى بلد على أن يحصل للموكِّل غرضه بهذا النقل للمال، والتغرير به. ولو غرّر به وهو معتقد أنه يحمله إليه ليردّه لضمنه إن تلف. وأقلّ مراتبه أن يكون كالوعد، والوعْد إذا أدخل الواعدُ من وعَده به في ضرر لزمه الوفاء به.

فإذا كان هذا هكذا اتضح عنده أن هذه الرواية تقتضي ما قاله **ابن القصار**. ألا تراهم قد قالوا في الوصي: إنه لا يمكّن من الرجوع عما قبله من الوصية بعد موت الموصي. ويمكّن من ذلك في حياته، لأجل أن الميت إذا مات قبل أن يرجع الوصي عن قبول الوصية دخل الضرر على اليتامى بانعزالة، فلم يمكّن من الرجوع، بخلاف رجوعه في حياة الأب.

وهذا الذي قاله بعض أشياخي صحيح من جهة أنه إذا أمكن[1] الوكيل من الانعزال مع ما يلحق الموكل من الضرر في هذا، فأحرى/ أن يُمكّن من الانعزال في ما لا ضرر فيه على الموكل.

لكن قد يقال ها هنا في العذر عن هذه الرواية: إنه إنما جعل السلعة لمشتريها لأجل أنه قد باع البائع منه على أن يملّكها للوكيل، فملكه إياها، وكونه اعتقد شراءها لنفسه استحالت الوكالة عليها، فسقطت الوكالة من أجل

(1) هكذا، والصواب: مُكِّن.

فوات ما وكّل فيه لا من جهة كونه له الانعزال. كما لو وكله على شراء عبد بعينه، فوجده قد عَتَق أو قد مات، فإن الوكالة بطلت من جهة فوت ما وكّل فيه لا من جهة الانعزال.

وأما قول أصبغ: إنها للموكِّل وإن أشهد الوكيل. فإن هذا أيضاً قد حاول بعض أشياخي أن يجعله قولاً ثانياً في كون الوكيل لا يُمكّن من عزل نفسه. لكن هذا الترجيح أيضاً يُقدح فيه بما أشرنا إليه من كون الموكل قد لحقه الضرر في نقل ماله فلم تمكّن الوكيل من إلحاق الضرر به مع التزامه لما ينفعه لا لما يضره.

وأما سبب الاختلاف في عدم الإشهاد، هل يكون ذلك للموكل أو للوكيل، على ما حكيناه عن **الثمانية لأبي زيد**، فإن ذلك مبني على الأصل أن تصرّفات الإنسان لنفسه. كما يعارض الاحتمالات في كونه اشترى لنفسه أو للموكل. وكما نقول في تعارض الشهادات: إنه يرجح بالأعدل منهما.

وأما من ذهب إلى أن الشِراء للآمر فإنه استصحب الحال التي خرج عليها الوكيل فلم يبِن عنها إلا بتصريح من الوكيل.

وقد اختلف أصحاب **أبي حنيفة** في من وْكِّل على شراء سلعة فاشتراها، فعند شرائه قال: إني اشتريتها لنفسي. فقال **محمد بن الحسن**: هي للموكِّل. وقال **أبو يوسف**: هي للوكيل..

وظاهر الأمرأن هذين الرجلين لم يختلفا، إذا وُكِّل على شراء سلعة بعينها فاشتراها، أنها للآمر، إذا اشتراها بغير تصريح لذكر من اشتراها له. لكون التعيين ترجيحاً، فيضاف إلى ترجيح الأصل وهو كون تصرف الإنسان لنفسه.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

ذكرنا ما في المذاهب من حكم عزل الوكيل نفسه، وذكرنا ما ذكره **ابن القصار** من تمكينه من عزل نفسه، وعليه **أبو حنيفة والشافعي**. وهذا مع حضور الموكل.

فأما مع غيبته فإن **أبا حنيفة** شرط في صحة العزلة حضور الموكل، قياساً على المودَع، فإنه لا يخرج عن حكم الإيداع مغ غيبة المودِع. وأيضاً فإن إجازة العزلة مغ غيبة ربّ المال إضرار به والإضرار ممنوع.

والحجة عليه أنه إذا كان لا يشترط رضاء الموكل في العزلة، لو كان حاضراً، فلا فائدة في اشتراط حضوره، بل غيبته وحضورهُ سيان، إذا كان تمكّن الوكيل من أن يعزل نفسه وإنْ لم يرض الموكل. ألا ترى أن الزوجة لما لم يشترط في وقوع الطلاق عليها رضاها به لم يشترط حضورها بل يقع عليها وإن كانت غائبة. وأما المودَع فلا يُتصوَّر عزل نفسه إلا بردّ الوديعة لمالكها أو إخراجها لحاكم على وجه يسوغ للحاكم معه قبولها من المودَع. وأما الوكيل فإنه إنما يفيد عزل نفسه قطعَ التصرف في المال الذي وكّل عليه، فذلك جائز ولا مانع منه. إلا أن يتعلق بالوكالة حق أو منفعة للوكيل أو لغير الوكيل، كمطلوب وكّل الطالب رجلاً على خصامه، وأشرفا على إنجاز الحكم، فإنه لا يمكَّن الموكِّل من عزل الوكيل إذا امتنع من ذلك المطلوب بما يلحقه من الضرر.

وأما إن كان الوكيل غائباً فعزله الموكل، وبلغته العزلة وعلمها، فإنه يتحقق عليه حكمها، ويكون متعدياً في التصرف في المال الذي عزل عنه.

وأما إن لم تبلغه العزلة، وتصرف بعدها وقبْل العلم بها، فإن المذهب على قولين: هل/ يثبت حكم المنع من التصرف في باطن الأمر أم لا يثبت؟ وكذلك عند الشافعية قولان في هذا، أيضاً، واختار **أبو حامد الاسفرائيني** ثبوت حكم العزلة وإن لم يعلم بها الوكيل، قال: وبهذا نفتي. ومذهب **أبي حنيفة** أن العزلة لا يثبت حكمها حتى يعلم الوكيل بها.

وقد جرى الرسم في المذاكرات بين الفقهاء وأهل الأصول في إجراء هذه المسألة على اختلاف الأصوليين في النسخ هل يتحقق حكمه عند بلوغ الخطاب للنبي عليه السلام وإن لم يبلغه للمكلفين، أو لا يتحقق حتى يبلغه إليهم. وذُكر

في مثال ذلك ما جرى من نسخ القبلة التي كانت إلى بيت المقدس فحولت إلى الكعبة، فأتى رجل بعض الصحابة وهم يصلون، رضي الله عنهم، فأخبرهم أن القبلة قد حولت، فاستداروا، واعتدّوا بما مضى من الصلاة. وإن كان قد وقع منهم هذا الفعل بعد النسخ، في ظاهر الأمر.

وعلى هذا يجري في المذاكرات الاختلاف الذي وقع في خطيب خطب يوم الجمعة، وهو معزول ولم يعلم بالعزلة، هل يُعتَد بتلك الخطبة أم تعاد؟

فكذلك يجري الأمر في الوكيل فإن الإذن له في التصرف كالأمر به، والعزل له كالنهي. فيختلف فيه، أيضاً، هل يتحقق حكم النهي من المخلوق قبل العلم به. كما قلناه في نهي الخالق تعالى.

ومن الناس من ذهب إلى التفرقة بين ثبوت الناسخ ولم يعلم به المكلف، وبين مسألة الوكيل. فإن العبادات وأمور الديانات بخلاف المعاملات، لأن المكلف إذا أمر بالتوجه إلى بيت المقدس فإنه حرام عليه الصلاة لغيرها، ويؤثَّم إن فعل وهو مأمور بالصلاة إليها، فلا يتحقق كونه يثبت عليه حكم النهي عن الصلاة إليها. وأما تصرف الوكيل فإنه من المباحات، إن شاء تمادى عليه، وإن شاء تركه فيتوجه عليه حكم النهي عن التصرف. ولا مناقضة في ذلك لأنه كان له ألا يتصرف. ولم يمكن المصلي إلى بيت المقدس ألاّ يصلي إليها. فإذا باع الوكيل ما وكِّل على بيعه، وهو معزول ولم يعلم بالعزلة، فإن البيع يمضي على الموكِّل إذا قلنا بأن حكم العزلة إنما يتحقق بعد العلم، وإن قلنا: إن حكمها يتحقق قبل العلم كان للموكل أن ينقض البيع ويرتجع سلعته إن كانت موجودة، ويجري الأمر فيها على حكم الاستحقاق.

وقد ذكر **ابن القاسم** أن من وكِّل على قبض دين، ثم عزل عنه ولم يعلم بالعزلة، متى قبض الدين فإن المديان لا يبرأ في الدفع إليه.

وأشار **سحنون** إلى مناقضة من قال بهذا في الدين، وقال في البيع بإمضائه. والظاهر أنه اختلاف. وقد تقرر اختلاف المذهب في من أتلف مال

غيره غلطاً، بإذن تقدم، هل يضمن أم لا؟ فقيل بضمانه لكون الخطإ والعمد في مال الناس سواءً. وقيل: لا يضمن لأجل شبهة الإذن. فكذلك يجب الاختلاف في تصرف الوكيل قبل أن يعلم بالعزلة على هذا الأصل لأنه تصرف بوجه شبهة الإذن. وقد قال في المرأة إذا أنفقت من مال زوجها، بعد أن طلقها ولم تعلم بطلاقه: إنه لا يرجع عليها لأنه أخطأت على مال زوجها بشبهة الإذن. خلاف أن يموت زوجها فتنفق من ماله بعد الموت فإنها تُطلب بالنفقة لما كان خطؤها ها هنا على مال الورثة، وهم لم يتقدم لهم إذن لها، بخلاف خطإها على مال زوجها وهو حي.

وكذلك اختلف المذهب في تصرف/ الوكيل بعد أن مات الموكِّل ولم يعلم بموته. فقيل: تصرفه غير ماض، وللورثة أن يردوا بيعه. وذكر **ابن المنذر** أن هذا إجماع من أهل العلم. وليس كما قال، بل في **المدونة** إمضاء تصرفه، في ظاهر ما قال.

وذهب **مطرف** إلى أن دفعه وقبضه بعد موت الموكل ماض وإن علم بموته. وهذا إفراط، لأن تصرفه قبل العلم فيه من الإشكال ما بيناه ورَدَدْناهُ إلى مسألة أصولية، وأما بعد العلم واعتقاده أن الورثة صار المال إليهم، فلا وجه له. إلا أن يرى أن هذا حق استُحِق على الورثة قبل أن يرثوا هذا المال، فلهذا أمضاه. وهذا بعيد.

وما ذكرناه من اختلاف المذهب في تصرفه، وما أشرنا إليه من بنائه على الأصل الذي قررناه وهو الخطأ على مال الغير بشبهة إذْن تقدمَ و[1]يقتضي إجراء الخلاف في رد فعله من بياعات وكونه[2] اقتضائه لا يبرأ به الغريم، وكونه هو في نفسه ضامن[3] للمال. وإلى هذا أشار بعض الأشياخ ورأى أن ما وقع في

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف الواو.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: كون.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ضامناً.

الروايات، من كون الغريم لا يبرأ بالدفع للوكيل إذا لم يعلم بالعزلة، يقتضي أن صاحب الدين إذا طلب المديان وضمّنه، كان للمديان أن يضمِّن من قبض منه، وهو الوكيل.

وبعض أشياخي يشير إلى حمل مثل هذا، مما وقع في الروايات، على تصور الخلاف في ردّ أفعاله لا في ضمانه. وتضمين الغريم من غير أن يُجعَل له مرجع على من قبض منه بتَعدّ. وقد أشار **ابن المواز** إلى استبعاد ضمان الغريم، حتى قال: ولو كان الغريم علم عزل الوكيل لبرىء بالدفع إليه إذا كان القاضي قد قضى بذلك عليه، لكونه مجبوراً على الدفع. وهذا الإجبار من سبب رب المال مع ما فيه من التغرير بالناس والتحيّل على إتلاف أموالهم.

وإذا ثبت أن العلم بالعزلة له يمنع من قبض الدين فإن هذا في دين خص بالتوكيل. وأما دين لم يخص بالتوكيل عليه في نفسه لكن مقتضى الشرع دفعه للوكيل كوكيل وُكِّل على بيع سلعة فباعها ثم مات الآمر قبل أن يقبض، فإن **ابن القاسم** منعه من القبض لكون المال صار لغير من وكله. **وأصبغ** مكنه من القبض. فإذا قبضه نظر فيه الحاكم.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

ذكر بعض أصحاب **الشافعي** أن الوكالة تنفسخ بطروّ الجنون على الوكيل أو الموكِّل. واعتلّوا في ذلك بأن الوكالة من العقود الجائزة فوجب أن تنفسخ بالجنون، لكونه طرأ على عقد غير لازم، والمجنون ليس له أن يعقد في حال جنونه، وما قبل جنونه كان العقد فيه غير لازم له. وأيضاً فإن معنى قولنا: إن الوكالة من العقود الجائزة كونُ العقد موقوفاً على اختيار العاقد، والمجنون لا اختيار له، بخلاف النائم لكون النوم معنى طبيعي يتكرر، وينتبه النائم إذا نبّه، بخلاف المجنون.

وهذا الذي قالوه يتفصّل القول فيه عندي:

فأما إن كان الجنون طرأ على الوكيل فلا شك أن جواز التصرف لا ينتقل

إلى غيره، كما لو مات فإن ذلك لا يورث عنه، لكن إذا منعه الجنون من التصرف ثم عاد إليه عقله فأراد أن يبقى على التصرف الذي كان له قبل الجنون فإنه يمكّن من ذلك إذا كان الموكل حاضراً ولم يعزله. وإن كان غائباً فلم يعلم بجنونه فيعزله فإن ذلك أيضاً لا يمنع من تمكينه من التصرف لكون الموكل أذن له بالتصرف، مع جواز القواطع له عن التصرف، فأشبه الجنونُ شغلاً قطع الوكيل عن التصرف.

وأما إن كان الجنون طرأ/ على الموكل فإن الأظهر، أيضاً، كونه يمكن من التصرف. كوديعة أودعها من جنّ قبل جنونه لا تنتزع ممن هي في يديه إذا جن المودِع. بخلاف أن يموت المودِع فينتزعها الورثة. لكن لو طال زمن الجنون به طولاً يفتقر معه إلى نظر السلطان في ماله، وأن يقيم له من يتصرف فيه، فإن هذا قد يدخل فيما ينظر له، على حسب ما بيناه في كتاب بيع الخيار.

وبين صاحبي أبي حنيفة، **محمد وأبي يوسف**، اختلاف في ردّة الوكيل، هل توجب عزلته أم لا؟ والأظهر عندي أنه لا ينعزل بذلك، لأنه إنما يحجر عليه لأجل الردة في مال نفسه لأنه قد يصير للمسلمين، وأما مَال غيرِهِ فلم يتعلق به حق للمسلمين يوجب الحجر، إلا أن يُعلم أن مقتضى العادة أن الموكل لا يرضى بتصرفه في ماله وقد ارتدّ، فيكون ذلك مما يوجب منعه من التصرف.

وكذلك لو وكل زوجته ثم طلقها، فإن الطلاق لا يوجب عزلتها، إلا أن يُعلم أن الموكل لا يرضى بتصرفها مع انقطاع ما بينهما من المودة والعصمة.

وكذلك لو وكل عبده ثم أعتقه، فإن بين أصحاب **الشافعي** خلافاً في انعزاله لأجل العتق، لأجل أن وكالة الإنسان لعبده كأمر له بخدمته، واعتاقه له يرفع وجوب إنفاذ أوامره لأجْل أنه لا يقدر على جبره على الخدمة في ماله. ولا يقدر على ذلك في الزوجة وغيرها من الأجانب.

وكذلك لو وكل عبده ثم باعه، فإن للمشتري أن يمنعه من التصرف لبائعه. لكنه لو أذن له فيه لكان في ذلك قولان عند أصحاب **الشافعي**، لأجل ما

قدمناه من كون وكالة السيد لعبده كأمر له بخدمته، فتنقطع الأوامر بالبيع، كما تنقطع بالعتق، على أحد القولين عندهم.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

اختلف الناس في حكم إقرار الوكيل على موكله على ثلاثة مذاهب:

فذهب **مالك والشافعي وابن أبي ليلى** إلى أن إقرار الوكيل على موكله غير لازم للموكل، ولا يقضى به عليه. وبه قال **زفر**.

وذهب **أبو حنيفة** إلى أنه يلزم إقراره على موكله إذا كان الإقرار في مجلس الحكومة، ولايلزم إذا كان الإقرار في غير مجلس الحكومة. وبه قال **محمد بن الحسن**.

وذهب **أبو يوسف**، في القول الذي رجع إليه، إلى أن إقراره لازم لموكله، سواء أقرّ في مجلس الحكومة أو في غير مجلسها.

وسبب هذا الاختلاف أن الموكِّل لا يلزمه أن يُتَصَرَّفَ[1] في حقوقه التي يملكها إلا بإذنه. فإن صرح حين الوكالة أنه لم يوكل الوكيل إلا على الخصومة دون الإقرار، ونهاه عن الإقرار، وقصر الوكيل على الخصومة خاصة، لم يكن له استحْلاف الخصم، ولا قبض الحق منه، ولا مصالحته عنه. وهذا لا خلاف فيه. وإن وكل، على الخصومة، ولم يتعرض إلى الإقرار عنه، فهذه المسألة التي ذكرنا الثلاثة مذاهب فيها:

فيرى **مالك والشافعي** أن الوكالة على الخصومة ليست بصريح في التوكيل على الإقرار، ولا مما تضمّنَتْه تضمناً لازماً. فكان إقرار الوكيل غير لازم، كما لو نص الموكل على نهي الوكيل عن الإقرار عنه. ويحتجون أيضاً بأن الوكيل ليس له أن يسقط الحق لا في مجلس الحكومة ولا في غيره، وله قبض الحق إذا وكل عليه في مجلس الحكومة وفي غيره من الأمكنة. فالإقرار ينبغي أن يكون

(1) على التأويل بالمصدر أي: التصرف.

غير لازم في الحالين، قياساً على الإبراء، وعكس استيفاء الحق وقبضه الذي يستوي فيه الحالان في تمكين الوكيل من القبض، فكذلك يجب أن يستوي الإقرار في الحالين في كونه غير لازم.

ويرى أبو حنيفة أن الخصومة/ معنى التوكيل عليها اقتضاء الجواب من الخصم، وجواب الخصم يكون بنعم، ويكون بقوله: لا. فمن وكل على الخصومة فقد وكل على الجواب الذي يطلب منه خصمه. والجواب يكون باللفظين جميعاً الإقرار أو الحجود. فوجب أن يكون للوكيل الإقرار والتصديق كما كان له الحجود والتكذيب.

وأجيب عن هذا بأن الخصوم[1] معناه المدافعة والمعاندة، والإقرار مساعدة وموافقة، فلا يصح أن يتضمن الشيء ضدّه. بخلاف الإنكار، فإن الإنكار والجحود هو في معنى المخاصمة التي هي مدافعة. فلهذا مكن الوكيل من الجحود والإنكار، ولم يجب أن يمكن من الإقرارلأن تمكينه من ذلك ضد المخاصمة، والمخاصمة أصل والمجاوبة فرع، وإذا عاد الفرع بمناقضة أصله ومضادته بطل في نفسه دون أصله.

وقد صار بعض حذاق أصحاب أبي حنيفة إلى أن انطلاق المخاصمة بالإقرار والحجودِ مجاز، وإنما الحقيقة المخاصمة خاصة، وانطلاق اللفظة الواحدة على حقيقتها ومجازها لا يصح، كما لو قال: اقتل أسداً، لكان المكلف مخيّراً في سائر الأسود البهيمة، لا في رجل شجاع، يسمى على جهة المجاز أسداً، لكون الحقيقة معناها استعمال اللفظة في ما وضعت في الأصل له، ومعنى المجاز استعمال اللفظة في ما لم يوضع في الأصل له. فهما أمران متناقضان، فلا يصح أن يراد بالكلمة الواحدة معنيان متناقضان.

وهذا يقتضي قصر الوكيل على المخاصمة خاصة دون الإقرار لئلّا يقع في ما منعناه من انطلاق اللفظة على حقيقتها ومجازها معاً. والإنكار قد تظهر فيه

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الخصام.

معنى المخاصمة فتنطلق عليه التسمية انطلاقاً هو كالحقيقة بخلاف الإقرار الذي هو ضد الخصومة، لكنه يسمى أيضاً خصومة لأن الإقرار يقابل الجحود، والشيء يسمى باسم ما قابله أو ما تعلق به، لكن لما كان الجواب في المخاصمة يكون بالجحود فيمكّن الوكيل منه باتفاق، ويكون بالإقرار فيجب أيضاً أن يمكن الوكيل منه، أخذا بالعموم والمجاز، لكون هذه اللفظة، التي هي المخاصمة، المراد بها اقتضاء الجواب، وإيقاع هذه اللفظة على الجواب مجاز، فهذا المجاز يجب أن يحمل على عمومه حتى يتضمن التوكيل الجانبين، وهما الجحود والإقرار. وهذا كما لو حلف ألاّ وضع[1] قدمه في هذه الدار. فدخلها ماشياً أو راكباً، أو على غير ذلك من الأشكال، فإنه يحنث لما كان القصد بهذا اللفظ ألاّ يدخل الدار. وهذا المقصود بهذا اللفظ إنما ينطلق عليه لفظ اليمين مجازاً فيجب تعميم هذا المجاز في سائر أنواع الدخول.

وكمن قال: امرأته طالق يوم قدوم زيد من سفره. فقدم زيد ليلاً، فإنه يلزمه الطلاق. و[2]لأن المراد بقوله: يوم، الوقت، وانطلاق هذه اللفظة على الوقت مجاز، والوقت هو الليل والنهار. فلهذا لزمه الطلاق.

وهذا الذي مثل به أصحاب **أبي حنيفة** مسلّم إذا كان القصد باللفظ ما ذكره واعتقده في أنه مراد القائلين بهذا اللفظ. وقد ذكر في كتاب الصوم من **المدونة** في من قال: لِلَّه عليّ أن أصوم يوم يقدَم فلان، فقدِم فلان ليلاً، فإنه يصوم صبيحة تلك الليلة. وهذا قد يُبْنَى، أيضاً، على أن المراد بذكر اليوم، ها هنا، الوقت، ليلاً كان أو نهاراً. وهو من الأسلوب الذي أجراه ها هنا بعض أصحاب **أبي حنيفة**.

وقد اختلفوا أيضاً في قول الوكيل: إن الموكِّل كذب في دعواه. هل يقبل هذا على الموكل أم لا؟ فمنهم من قال: يقبل، لما قلناه في لزوم الإقرار.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يضع.

(2) هكذا، ولعل الصواب: حذف الواو.

ومنهم من قال: لا يقبل، وفرّق بين قول الوكيل: إن موكلي قبض الحق وأبرأ منه، وبيْن/ قوله: كذب في دعواه أصل الحق. لأن تكذيب المدعي الموكل في دعواه يرفع أصل الوكالة، وإذا رفعها رفع ما تضمنته من قول الوكيل. بخلاف إقْرارِهِ بأن الموكل قد قبض الحق بعد أن قبل الوكالة وأخذ الخصام.

وأما **أبو يوسف** فقدّر أن الموكل أحلّ الوكيل محلّ نفسه، وجعل لسانه كلسانه وقوله كقوله، فلما كان الموكل يؤخذ بإقراره، سواء كان بين يدي الحاكم أو غائباً عنه، فكذلك وكيله.

وهذا يجاب عنه بأن الموكل إنما لزمه إقراره في الحالين بحكم حريته واستحقاقه في الشرع التصرف في ماله، ومؤاخذة الشرع له بأقواله فيه. بخلاف الوكيل الذي إنما يستحق النظر في هذا المال بإذن المالك لا بأصل الشرع، والمالك لم يأذن له فيه، والشرع لا تتعدى حدوده ومراسمه. والأب والوصي وإن جعل لهما الشرع في مال اليتيم، فإنه إنما جعل لهما ذلك في ما يعود بصلاحه، لا في ما يعود بضرره، فلم يجز إقرارهما على من في ولائهما[1] بحق عليهِ لمّا توليا المعاملة فيه اتباعاً لحدود الشرع في ما جعله إليهما.

وقد نوقض أبو حنيفة في المدعى عليه في ما يجب عليه فيه قصاص أو حدّ، فوكّل على المخاصمة عنه، فإن إقرار الوكيل لا يلزمه.

وانفصل عن هذا بأن الحدود تدرأ بالشبهات، والوكالة على الخصام إنما اندرج تحتها الوكالة على الإقرار بما ذكرناه من حكم التعلق تضمن هذا الخطاب[2] الذي هو مجاز، وهذه شبهة يدرأ الحد بها.

فإذا وضح مأخذ الخلاف في تضمن الوكالة الإقرار، فإن ذلك إنما يتصور الخلاف فيه مع الاقتصار على الوكالة على الخصام دون تصريح بالنهي عنه والإذن فيه. فمتى قال المُوَكِّل: وكلتك على الخصام، ونهيتك عن الإقرار. فإنه

---

(1) أي: ولايتهما.

(2) كذا في النسختين.

لا يختلف في أن إقرار الوكيل غير لازم للموكل لنهيه. فإذا أطلق الوكالة على الخصام والاستيفاء والاستحلاف والإقرار، فإنه إذا أقر على موكله فإن الظاهر من مذهب **الشافعي** أن إقرار الوكيل لازم، لنص الموكل على الإذن فيه للوكيل. لكن ذكر **أبو حامد الإسفرائيني** أنه إذا قال للوكيل: أَقِرّ عليّ لفلان بألف درهم. فإن هذا عندهم على وجهين: أحدهما: لزوم ذلك للموكّل لكون هذا القبول الصادر منه كتولّيهِ الإقرار بنفسه.

والوجه الآخر: أنه غير لازم، لأنه قصارى ما فيه أنه أمر الوكيل بأن يقول قولاً، ولا يكون أمره له بأن يقول قولاً من الأمر، ألا ترى أن النبي ﷺ لما قال **لعمر**، لما طلق ابنه **عبد اللَّه** زوجته في الحيض: مره فليراجعها[1]. فلم تكن الرجعة واجبة، عندنا، على **عبد اللَّه بن عمر** لما كان الأمر له بذلك من أبيه. بخلاف أن يقول النبي عليه السلام لأبيه: أخبره أن الله أمره بالرجعة، أو أني أمرته بها، أو يأمره ﷺ شفاها. فكذلك قوله لرجل: أقرّ عني بألف درهم. فإن هذا لا يعدّ إقراراً من الآمر، بل لا يتضمن سوى الأمر للوكيل بأن يقول هذا القول، وقول إنسان لا يؤخذ به آخر.

وهذا الذي قاله **أبو حامد**، واستشهد به في مسألة الرجعة، لا نوافقه عليه. بل مذهبنا أن المطلّق في الحيض يجبر على الرجعة، لأن قول النبي عليه السلام لأبيه: مره فليراجعها، الظاهر منه أنه أمره بتبليغ هذا الحكم وإخبار ولده به، وهكذا إذا قال: أقرّ عني، فالظاهر منه أن ما نطق به الوكيل هو كالنطق/ من الموكل، لقوله: أقرّ عني، فأضاف قول الموكل إلى نفسه. وقد وقع في **العُتبية لأصبغ** فيمن وكله رجل على خصام رجل في شيء، فإن إقرار الوكيل لا يلزم الموكل. قالوا: ولو أشهد له بأنه جعله في الإقرار عنه كنفسه فإن إقرار الوكيل يلزمه. وظاهر هذا أنه يقول[2] كذلك في اللفظ الذي حكيناه في قوله: أقرّ عني. وإن كان هذا اللفظ الذي ذكره **أصبغ** قيده بقوله: جعله في الإقرار كنفسه.

---

(1) فتح الباري: 262/11.

(2) هكذا، ولعل الصواب: يكون.

فإذا كان المراد بقوله: أقرّ عني، هذا المعنى لم يفترق اللفظان، ولا ينبغي أن يتصور الخلاف. وربما كانت قرائن وألفاظ تحل محل النطق فلا يكون للخلاف فيها وجه. وإن اقتضت قرائن أنه لم يرد بالخطاب أن يجعل قوله كقوله، بل أراد وجهاً آخر يمنع من صرف القول إليه، ولا يتضمن كونه معترفاً، لم يكن هذا القول الواقع على هذه الصفة بالذي يوجب على الموكل ما أقرّ به الوكيل.

ولما أشار أبو حامد إلى الاختلاف عندهم في هذا القول إذا قال له: أقرّ عني لفلان بألف درهم، فإنه أجراه، أيضاً، على الوجهين المتقدمين، هل يسقط هذا الإقرار عن الموكل أو يلزمه، ويُرجع في تقرير هذا المال إليه.

قال: ولو قال له: أقرّ عني، ولم ينصّ على عدد ما يقرّ به عنه، بل أورد هذا اللفظ مطلقاً، فإنه على وجهين:

أحدهما: أن هذا الإقرار لا يلزم الموكل، لإمكان أن يكون أراد بقوله: أقرّ عني، بأمر غير الحقوق المالية، إما بإخبار عن حال من الأحوال، أو غير ذلك مما في معناه.

والوجه الآخر: أن هذا الإقرار يلزم الموكل، ويُرجع في تعبير ما لم يقرّ به الوكيل عنه إلى الموكل.

وهذا، أيضاً، لا يتصور فيه خلاف، إذا قال: أقرّ عني، في خصام في حقوق ومراجعة ومحاورة في ذكر مال والطلب به، حتى يفهم من هذا الإطلاق أن المراد به كالمراد بالمقيّد، وهو قوله: أقرّ عني بمال.

ومحصول الأمر في هذا يرجع إلى ما نبهناك عليه من اعتبار المقاصد بهذه الألفاظ، فهذا الذي يعتمد عليه.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

اختلف المذهب فيمن وكّل على بيع سلعة أو شرائها، هل يقبل قول الوكيل، بعد انقضاء العقد، على ما يتعلق بالعقد، مما يوجب فسخه أم لا؟

فذكر في **المدونة**، فيمن أمر رجلاً أن يُسلِم له في طعام، ففعل، فردّ المسلم إليه دراهمَ زيوفاً، فقال: هي مما دفع إليّ الوكيل، فصدقه الوكيل في ذلك، وأقر أنها دراهم الآمر، يلزمه بدلُها، بإقرار وكيله، لأنه ائتمنه، فهو مصدق عليه في أنها دراهمه، وصار اعترافه بذلك كاعتراف الموكل.

وذكر في **الموازية** في وكيل وكِّل على بيع سلعة، فاطلع المشتري على عيب فيها، فشك أهل المعرفة هل حدث هذا العيب عند المشتري أو كان قديماً عند الموكل؟ فاعترف الوكيل أنه كان عند الموكل، فإنه لا يصدق على الموكل، ولا يمكّن المشتري من الردّ بهذا العيب بمجرد قول الوكيل.

وظاهر هذا خلاف ما قال في **المدونة**.

وقال **مطرّف وابن الماجشون**، فيمن وكل على شراء سلعة، فلما اشتراها زعم أنه شرط في العقد شرطاً يفسد البيع: إنه يصدق في ذلك مع يمينه، إن كان لم يدفع السلعة إلى الموكل. وإن نكل، عن هذه اليمين فإنه يغرم للبائع قيمة السلعة التي أفات عليه بنكوله عن هذه اليمين. ومراده غرامة الوكيل المقرّ بهذا الفساد، لإكمال القيمة إن زادت على الثمن الذي/ قبضه البائع. قال: وإن كان الوكيل لم يقر بهذا الفساد إلا بعد أن دفع السلعة إلى الموكل له على شرائها، فإن قوله غير مقبول، ويغرم القيمة للبائع، لكونه معترفاً أنه أفات على البائع سلعة يجب عليه أن يردها إليه، بدفعها لمن وكله.

وهكذا ذكر **عيسى** في **المستخرجة** أن الوكيل يصدق في إقراره بالفساد. ولكنه أطلق القول في ذلك، ولم يفرق بين كون الوكيل أقر بهذا قبل أن يدفع السلعة إلى موكله أو بعد أن دفعها. وظاهر هذا الإطلاق أنه يقبل قول الوكيل في الحالين، كما يقتضيه ظاهر **المدونة** فيما حكيناه عنها. وإن كان قد قال بعض المتأخرين بإن الوكيل إنما صدقه، في **المدونة**، في كون هذه الدراهم الزيوف دراهم الآمر، لأجل كون الطعام المسلم فيه لم يقبض، وإذا كان لم يقبض فقد بقي من أفعال الوكيل في ما وكل عليه وجه، فصارت الوكالة لم تنقطع علاقتها، فصُدق الوكيل فيما يقول، حتى إذا قبض الطعام انقطعت الوكالة وعلاقتها،

فيجب ألا يصدق الوكيل.

ومن المتأخرين من أنكر هذا التأويل، ورأى أن ظاهر **المدونة** تصديق الوكيل ولو قبض الطعام.

وهكذا، أيضاً، يتأول بعض الأشياخ مسألة **الكتاب** على أن الوكيل لم يُعلم المسلم إليه بأنه وكيل، أو أعلمه بذلك إعلاماً لا يبرئه من المطالبة بالثمن. فإذا كان من حق البائع مطالبة الوكيل بالثمن في ذمته صار الوكيل بدفعه الثمن للبائع غير بريء الذمة، والثمن باق عليه، وهو مطلوب به من جهة موكله. فإذا تصورت المطالبة عليه بالثمن أشعر ذلك بأن وكالته لم تنقطع، فصدق على الآمر الذي وكله، حتى لو عقد هذا السلم على وجه لا تكون عليه مطالبة بالثمن في ذمته، مثل أن يقول المسلم إليه: هذه الدراهم لفلان، أمرني أن ندفعها إليك في طعام. فإنه يجب ها هنا ألاّ يصدق الوكيل على الموكل، لكونه غير مطالب بالبدل ولا الثمن في ذمته. فوكالته انقطعت بنفس دفع هذه الدراهم الزيوف، فلا يصدق على موكله.

وهذا كله تخريج على قاعدة أشرنا إليها. وذلك أن الوكيل إذا فرغ مما وكّل عليه وانعزل صار إقراره على موكله كإقرار رجل أجنبي لا علاقة بينه وبين هذا الموكل. وإذا كانت وكالته لم تنقض وائتمنه على ما يفعل ويعقد (ما يفعله)[1]، وعقده يقع على وجوه، فقد ائتمنه على الوجه الذي يوقعه منها فوجب تصديقه.

فمن تأوّل مسألة **المدونة** على أن الطعام لم يقبض إنما أراد بهذا التأويل إثبات علاقة بقيت من الوكالة توجب تصديق الوكيل.

ومن اعتبر ما قلناه من كون الثمن يتعلق بذمة الوكيل إنما اعتبر أيضاً، بقاء علاقة من الوكالة توجب تصديقه، مع كون الموكل ائتمنه على ما يفعل فصار بذلك كالمصدق له فيما يذكره من الوجه الذي أوقع الفعل عليه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذفها.

وقد يهجس في الخاطر استنكار تفرقة **ابن الماجشون ومطرف** من كون الوكيل أقر بالفساد بعد أن دفع السلعة أو قبل أن يدفعها، لكونه إذا لم يدفع بقيت من الوكالة علاقة وهي الدفع، فوجب تصديقه. بخلاف انقطاع هذه العلاقة بدفع السلعة. مع كون سكوته، أيضاً، عن ذكر هذا حين دفعه السلعة كالمناقض لما يقتضيه فعله من كون الدفع لها كالاعتراف بصحة ملك الموكل على شرائها. وأيضاً، فإنه قبل أن يدفعها لو قال: إني اشتريت لنفسي وانعزلت عن الوكالة قبل شرائها، فإنه يصدق، على الخلاف/ الذي ذكرناه في أوَّل هذا الكتاب. فإذا كان قبل دفعها مقبول القول في صرف الموكل عن ملكها، فلا يتهم في أن تصرفهُ بوجه آخر، وهو اعترافه بأن العقد وقع فاسداً.

هذا حكم ما يقبل فيه قول الوكيل. فإذا قلنا بقبول قوله فهل يصدّق بيمين على صحة ما يقول أم بغير يمين؟.

ذكر في **المدونة**، في المسألة التي تكلمنا عليها ها هنا، أن الوكيل إذا اعترف بأن الدراهم دراهم من وكّله فإنه يصدق، ولا يلتفت إلى إنكار الموكل، لأن الوكيل أمينه. قال: وإن لم يعرفها الوكيل، ولكنه قبلها، فإنه يلزمه بدلها. وله أن يحلّف الموكل على أنه لا يعلم أنها دراهمه، وأنه لم يعطه إلاّ جياداً في علمه.

واعترض بعض الأشياخ بأن قال: تحليف الآمر بأنه **لما** لزم الوكيل بدل هذه الدراهم، ولم يبق بينه وبين الآمر محاكمة لوصوله إلى حقه من مال الوكيل. فإذا ألزمنا بعد هذا المأمور **أن** يحلف للآمر، كان من حجة الآمر في إسقاط اليمين عنه أن يقول: لو حضرت للمحاكمة بيني وبين قابض الدراهم لكان القول قولي في أني لا أعلمها من دراهمي، ولم أعطه إلا جياداً في علمي، ومن حقي أن ننكل عن اليمين، ونردّها على قابض الدراهم. فبغرامتك لقابض الدراهم الزيوف بَدَلها قد حُلْتَ بيني وبين ردّ هذه اليمين، وأتلفتَ هذا الحق عليّ، ولا يتوجه لك عليّ يمين، لأن الذي توجه عليّ من اليمين في مثل هذا

إليّ ردُّه، وأنت لم تحقق أنها دراهم[1] لجواز أن يكون قابضها هو الذي أبدلها، فلا أردّ عليك اليمين فيما لم تتحققه، ولا أقدر على ردها على قابض الدراهم لكونه قد سقطت المحاكمة بيني وبينه بحصول الدراهم الطيبة من قبلك في يديه.

وأجاب عن هذا بعض الأشياخ بأن هذه اليمين، التي ألزمها في **المدونة** للآمر، قد توجهت عليه من جهة قابض الدراهم، فإذا أبدل الوكيل الدراهم فإنه يقول: أنا قد حللت محلّ قابض الدراهم في طلبك بهذه اليمين منك، ولا نسقطها عنك، **فعلى مَا** يُمنع قابضها من مخاصمتك أنت لأنه اختار مخاصمتي واخترتُ أنا غرامتها له لأجل محله في طلب هذه اليمين منك، ولا يسقطها عنك كوني شاكاً في وجوب الغرامة عليك، كما لا يسقط حق الورثة في اليمين عمّن ثبت أن الميتَ، الذي ورثوه، ذكر أن له عنده حقًّا سماه، فإن الذي ادعى عليه الميت يحلف للورثة لكونهم يحلون محلّ من ورثوه. فإن نكل المدعّى[2] عن هذه اليمين غرم. ولم يلزم الورثة يَمينٌ لكونهم لا يعلمون صدق الميت. فإذا تعلقت اليمين على من ادعى عليه الميت لكون الوارث يحلّ محلّ الميت، ولم يمنع من تعلقها كون هذه الدعوى قد فات بها رد اليمين لموت المدعي، فكذلك إذا فات ردّ اليمين، ها هنا، لغرامة الوكيل لهذه الدراهم.

وقال في **المدونة**: إن لم يعرفها المأمور ولا قبلها فإن قابضها يستحلفه. وله أن يستحلف الموكل. وقد وقع اضطراب في من يبدأ باستحلافه ها هنا. فظاهر **المدونة** أنه يبدأ باستحلاف المأمور ثم يستحلف الآمر. ورأى بعض الأشياخ المتأخرين أن الأوْلى بداية الآمر. ورأى بعض أشياخي وغيره من الأشياخ يخير قابض الدراهم في من يبدأ باستحلافه منهما.

وسبب هذا الاختلاف النظر في ترجيح هذين المطلوبين باليمين على صاحبه.

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: دراهمي.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المدعى عليه.

فمن ابتدأ باستحلاف المأمور رأى أنه هو الذي تولى المعاملة والعقد والدفع لهذه الدراهم، وباشر قابضها بذلك، وقابضها يحقق عليه أنه أعطاه زيوفاً يجب بدلها، ولا يحقق ذلك على الآمر./ فالبداية بالمباشر للمعاملة والدفع الذي يحقق عليه الدعوى أوْلى ممّن لم يباشر ولا يحقق عليه دعوى.

ومن رأى البداية بالآمر رجح جانبه، ها هنا، بأنه صاحب الدراهم، وعوضها، الذي هو السلم هو يستحقه، والوكيل ها هنا يده كيد موكله ودفعه كدفعه، ولا حق له ولا ملك في الثمن ولا في المثمون، فكانت البداية بمن له الثمن وله طلب المثمون، أوْلى.

ومن ذهب إلى تخيير القابض في البداية بمن شاء منهما، وإذا قضي بتبدية المأمور فإنه إن حلف بريء من البدل، وإن لم يحلف وردّ اليمين على قابض الدراهم، فحلف قابضها، أبدلها له، ثم ينظر في تحليفه هو الآمر، فقد قلنا: إن بعض الأشياخ عارض ما في **المدونة** من استحلاف المأمور للآمر بأنه قد منعه من ردّ اليمين وأفات ذلك عليه، فلم يكن له طلب باليمين. وها هنا لم يفت عليه ردّ اليمين، بل استحلف القابض للدراهم ثم لما غرمها عاد لطلب الأول باستحلافه على أمر لا يحققه عليه، لأنه يجوز أن يكون قابض الدراهم هو الذي أبدلها، وأنه ظلم في طلب اليمين عليها. فيجري هذا مجرى من دفع إلى رجل دراهم من دين له عليه (كونه بصدقة أو لغير ذلك مما يوجب ردها)[1] فإنه لا يحقق الدعوى على دافعها إليه الذي كانت ديناً عليه، لكونه يجوز أن يكون مَن قبضها منه هو، أيضاً، أبدلها، فيجري ذلك مجرى أيمان التهم. بخلاف أن يكون قابضها ممّن هو عليه دين لم يخرج من يديه فإنه يستحلف دافعها من رد اليمين عليه.

ولو أن قابض الدراهم، في المسألة التي ذكرنا عن **المدونة**، طلب المأمور باليمين، وبدأ به، فنكل عن اليمين وردها على قابض الدراهم فلم يحلف، فإن

(1) هكذا في النسختين.

حقه قد سقط في البدل، ولا يكون له ها هنا أن يستحلف الآمر، لأن الآمر يقول: أنت إذا طلبت مني اليمين على ما نكل عنه المأمور فنكلْتُ عنها فنكولك السابق منك للمأمور امتنع[1] تعلقها بي.

وقد ذكر ها هنا في صفة اليمين أن الدافع يحلف أنه ما يعلمها من دراهمه، ولا أعطاه إلا جياداً في علمه. والجمع بين هاتين الجملتين لا بد منه، لأن الاقتصار على إحداهما لا تنفي دعوى المدعي، لأنه إذا قال: ما أعلمها من دراهمي، يكون صادقاً، ولكنه، يمكن أن يكون حين الدفع علم أنه دفع زيوفاً يجب عليه بدلها، ولكنه لا يدري هل هذه الزيوف التي ردت عليه أم لا؟ وإذا أضاف إلى هذا: ولم أعطك إلا جياداً في علمي، ارتفع ما يخشى منه أن يكون ألغز عليه في يمينه وكذا لو اقتصر على قوله: ما أعطيتك إلا جياداً في علمي، لم يستقل بنفي الدعوى، لكونه يمكن أن يكون لم يعلم حين الدفع أنها زيوفاً، ولكنه لما اطلع عليها الآن علم أنها دراهمه وأنها زيوف، فلهذا كلف أن يجمع بين هاتين اللفظتين.

ولو اعترف المأمور الذي دفع هذه الدراهم أنها زيوف، ودلس بها على قابضها، لوجبت له عليه الغرامة من باب التغرير والتدليس.

ولو زعم أنه علم بتزيفها ولكنه نسي بيان ذلك حين العقد لعذر بذلك، ولم يتوجه عليه غرامة، إذا كان قد عامل المسلم إليه على وجه لا يوجب عليه البدل، مثل أن يبيّن أنه رسول إليه يشتري منه بعين هذه الدراهم.

وكذلك لو وكل على بيع سلعة فردها المشتري بعيب، وزعم الوكيل بأنه علم بالعيب حين العقد ولكنه نسي بيانه، فإنه لا غرامة عليه، ولا يُستحلف على صحة عذره بالنسيان، لبعد التهمة في هذا. بخلاف من باعه سلعة نفسه/ وزعم أنه أُنسي بيان العيب حين العقد، فإنه يستحلف على ذلك، لكونه يُتهم في دعوى النسيان في مال نفسه، ولا يتهم في مال غيره. وهكذا، أيضاً، يجب في

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: منع.

الدراهم، التي ذكر أنه نسي أنها زيوف، ألاّ يستحلف، كما قلناه ها هنا، إلا أن يلتفت إلى أنه يمكن أن يكون خان وأبدلها زيوفاً حتى تتوجه عليه غرامتها. فصار من هذه الجهة يقدر أنه متبوع بالطلب. بخلاف ما قلناه في دعواه نسيان العيب فإنه لا تتصور ها هنا تهمة.

فصــــل

ومما يلحق بهذا المعنى رد الوكيل ما اشتراه لموكله لعيب اطلع عليه.

فإنه لم يختلف المذهب في أنه إذا وُكِّل على شراء سلعة بعينها، فإنه ليس له ردها بالعيب الذي اطلع عليه بعد العقد، إلا بعد مطالعة الموكل وإذنه له في ذلك.

وإن كانت السلعة ليست بمعينة وإنما وكل على شراء سلعة موصوفة، ففيها قولان مشهوران.

ومذهب الشافعية، على العكس من هذا، أنه لا خلاف عندهم في أن له أن يردّ بالعيب إذا وكل على شراء سلعة موصوفة. وعندهم قولان في ما إذا وكل على شراء سلعة معينة.

وسبب الخلاف عندنا، في الموصوفة دون المعينة، أن الوصف يشعر بقصد الموكل إلى تحصيل تلك الصفات سليمة، فإذا لم تكن سليمة من العيب لم يلزم الآمر، وصار الوكيل لم يَعقد على ما أمره به، فله ردّه من غير مطالعة الموكل. وإذا عين الموكل ما يشتري له فغرضه تحصيل العين على أي حالة كانت. فلهذا لم يمكن الوكيل من ردها.

ومكنه من ذلك الشافعي وقدر أنه إنما أمره بشرائها بشرط أن تكون سلمية من العيوب، فإذا لم تكن كذلك صار كمن اشتراها ولم يوكل عليها، فله ردّها.

قال القاضي أبو محمد، رضي الله عنه:

[يجوز إطلاق][1] الوكالة في البيع. ومقتضى ذلك ثمن المثل نقداً بنقد البلد. وإن كان هو المشتري جاز.

وكذلك في الشراء، مقتضى الإطلاق ثمن المثل. فإن كانت الوكالة في شراء جارية، للخدمة أو للوطء أو تزويج أو غير ذلك، لزم فيه[2] ما أشبه دون ما لم يشبه.

قال الإمام، رحمه الله: يتعلق بهذا الفصل خمسة أسئلة، منها أن يقال:

1 ـ ما حكم تعدي الوكيل في المخالفة في صفة الثمن أو المثمون؟

2 ـ وما حكمه إذا اشترى لنفسه ما وكل على بيعه؟

3 ـ وما حكمه إذا تعدى في ترك الإشهاد؟

4 ـ وما حكمه إذا اشترى من يعتق عليه؟[3]

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

إذا وكل رجل رجلاً على بيع سلعة أو على شرائها، فلا يخلو من أن يكون قيد الوكالة على البيع أو على الشراء، أو أطلقها.

فإن قيدها بثمن محدود وشرط الانتقاد، مثل أن يقول: بع سلعتي بعشرة دنانير من نعت كذا حالّة، أو اشتر لي بمثل ذلك. فإن الوكيل منهيّ على تعدّي ما رسم له الموكل.

وإن أطلق الوكالة فلا يخلو أن يكون أطلقها في الشراء للموكِّل أو في البيع له.

فإن أطلقها في الشراء مثل أن يقول: اشتر لي ثوباً أو عبداً. ويصف العبد

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط في النسختين.

(2) في المغربية والغاني: منه.

(3) سقط السؤال الخامس من النسختين وتقديره حسب الجواب عليه: وما حكم تعدي الوكيل بتوكيله لغيره من غير إذن رب المال.

والثوب. فإنه متعدٍّ إن خالف الصفة.

وإن أطلق ولم يصف العبد والثوب. فإنه:

إن اشترى له ما يليق بمثله لزم الموكل ذلك.

وإن اشترى ما لا يليق به، ففيه قولان: مذهب **ابن القاسم** أن ذلك لا يلزم الموكل، لكون العرف ها هنا يحل محل التقييد بوصف العبد أو الثوب. وقال **أشهب**: يلزم ذلك الموكل أخذاً بعموم لفظ الوكالة، ولإمكان أن يكون أراد العبد أو الثوب للتجارة/ لا للخدمة.

ومذهب **ابن القاسم** حمل الخطاب على ما يليق بالموكل في الاستخدام واللباس.

وكذلك حكم الثمن في الوكالة على الشراء فإنه لا يلزم الموكّل عقدُ الوكيل، إلاّ أن يشتري له بالثمن المعتاد في جنسه وفي مقداره. وهذا لا خلاف فيه.

وأما إن وكله على بيع سلعة بعينها وأطلق الوكالة، فإن العلماء مختلفون فيه على ثلاثة مذاهب:

فمذهب **مالك والشافعي** أن هذا الإطلاق يتقيّد بالعرف في مقداره وجنسه وكون الثمن على الحلول. فإن باع الوكيل بعرض أو غيره خلافَ نقد البلد كان متعدياً. وكذلك إن باع بثمن مؤجل فإنه يكون متعدياً، أيضاً.

وذهب **أبو حنيفة** إلى أنه لا يكون متعدياً في شيء من هذه الوجوه، بل للوكيل على البيع أن يبيع بما عزّ وهان، وبأي جنس من الأثمان شاء، نقداً، أو مؤجلاً إلى أي زمن.

ووافقه صاحباه **محمد بن الحسن وأبو يوسف** في تمكينه من البيع بثمن مؤجل.

ووافقا **مالكاً والشافعي** في كونه متعدياً إن باع بغير نقد البلد، أو باع بثمن

بخس لا يتغابن الناس بمثله.

فأما أبو حنيفة فإنه اعتمد على وجوب الأخذ بالعموم في لفظ الموكل، كما يجب الأخذ بالعموم في لفظ صاحب الشرع لكونه مخاطباً لأمته. واللغة تقتضي حمل اللفظ على العموم، عند من صار إلى ذلك من أهل الأصول. وكذلك يجب حمل التخاطب منا على العموم. وإذا لم يقيد الموكل الوكالة بثمن بين الأثمان ولا حدّه بمقدار، ولا وصفه بالحلول، اقتضى ذلك إباحة عقد البيع على أي صفة شاء الوكيل. لأن من باع بثمن مؤجِّلاً سُمي عقده بيعاً. وكذلك من باع بثمن بخس فإن عقده يسمى بيعاً. وكذلك إذا باع بعرض فإنه يسمى ذلك بيعاً. فكل ما يسمى بيعاً دخل في عموم الوكالة. ولما كان للموكل أن يبيع سلعته كيف شاء فكذلك للوكيل أن يبيعها، بمقتضى عموم اللفظ، كيف شاء مما يسمى بيعاً. ولهذا منعناه أن يهبها، وإن كان جائز للموكل أن يهبها، لأنه إنما وكل على ما يسمى بيعاً، والهبة لا تسمى بيعاً.

وقد اعتمد أصحابنا في الرد عليه إذا باع بثمن بخس فإنه واهب لبعض السلعة التي وكل عليها، والهبة ليست إليه، كما لو وهب الوكيل جميع السلعة. فإن من باع ما قيمته مائة دينار بعشرين ديناراً، فإنه واهب لأربعة أخماس السلعة، وليس للوكيل أن يهب.

وينفصل أبو حنيفة عن هذا بأنه يسمى هذا بيعاً، وإن كان بثمن بخس، لأن حقيقة البيع نقل الملك بعوض، وها هنا انتقل بعوض. فلا مبالاة بالعوض كان قليلاً أو كثيراً، لأن التسمية معلقة بحصوله، لا بمقداره ولا بجنسه ولا بنسيئته. والمريض إذا باع بمحاباة فإن محاباته إنما كانت في الثلث، وإن كان له أن يبيع، لأجل تعلق حق الورثة بماله، وليس له أن يضرهم. وكذلك الأب والوصي ليس لهما أن يبيعا مال من في ولائهما ببخس، لأن الشرع إنما ملكهما البيع عليه بشرط إحسان النظر، فإذا أساءا فيه صارا معزولين عن هذا الفعل. كما لو قيّد الموكِّل الثمن، فإن الوكيل ليس له مخالفة ذلك.

وعمدة أصحابنا أنّا، وإن سلمنا حمل لفظ الوكالة على العموم، فإنّا قد اتفقنا على أنّ النصّ على التقييد لا يجوز للوكيل مخالفته. فإذا لم يُقيَّد، وكان العرف يقوم مقام النص على التقييد، وجب أن يُمنَع الوكيل من مخالفته، أيضاً ألا/ ترى أن المالك لسلعة إذا باعها بمائة دينار ولم يَصِفْ سكّتها، وفي البلاد سِكك مختلفة، أن البيع فاسد. وإذا نص على سكة بعينها صحّ البيع. وإن لم ينصّ، وكان العرف البيع بسكة معينة، فإن البيع صحيح، لكون العرف يقوم مقام النص على تعيين سكة من هذه السكك.

ويقول أصحابنا، أيضاً: لا نسلم كون بيع العرض بالعرض بيعاً على الإطلاق، بل هو بيع من وجه وشراء من وجه، وإنما البيع المطلق بالدنانير والدراهم التي هي أثمان مختصة، فذلك هي عندنا علة الربا فيها خاصة. والعقود تختلف أسماؤها باختلاف أوصافها. فإذا كان العرض بيع بدنانير أو دراهم على الحلول، سمي بيعاً. وإن كان العرض مؤجلاً في الذمة، سمي ذلك سَلماً. وإن كان العرض معجلاً والدنانير أو الدراهم مؤجلة، سمي بيعاً بدين. وبيع العرض بالعرض ليس أحدهما بأن يُسمّى ثمناً والآخر مثموناً بأحقّ بذلك من صاحبه.

وأبو حنيفة يجيب عن هذا بأنه قد حصل حقيقة البيع في من وكّل رجلاً على بيع عرض، لأن المراد أن ينقل ملكه من هذا العرْض بعوَض، وقد حصل هذا المراد، وحصلت التسمية. وإنما يعرض ما أشرتم إليه (من حكم، وأما)[1] فنفس العقد يقتضي تسمية هذا بيعاً.

ومما يعتمد عليه أصحابنا وأصحاب **الشافعي** قياس الوكالة في البيع على الوكالة على الشراء. وقد اتفقوا على أن الوكيل على الشراء ليس له أن يزيد على ثمن السلعة التي اشتراها زيادة خارجة عن العادة. وكذلك إذا وكل على بيعها فليس له أن ينقص من الثمن المعتاد فيها. وكذلك في جنس الثمن، وحلوله وتأخيره.

---

(1) هكذا في النسختين.

وانفصل أصحاب أبي حنيفة عن هذا بثلاث انفصالات:

أحدها أن الوكيل إذا اشترى بثمن زائد على المعتاد يتهم أن يكون إنما عقد الشراء لنفسه، فلما استغلاَه نَسَبَ ذلك إلى الموكل وألحقه به. والوكالة مبنيّة على الإئتمان، وهو حقيقتها، وإذا تطرقت إليها التهمة بطلت حقيقتها، فوجب بطلان ما يعود بإبطال حقيقتها، كما يجب إبطال الفرع إذا عاد بمناقضة أصله وإبطاله. ولا تتصور هذه التهمة في الوكالة على البيع.

ونوقض أصحاب أبي حنيفة في هذا بأنه قد تتصوّر التهمة في البيع بوجه آخر، وهو كون الوكيل يبذل له رشوة على أن يبيع ما وُكِّل عليه بثمن بخس.

وهذا الذي صوره أصحاب أبي حنيفة من التهمة في الشراء يشبه عندي ما قاله مالك فيمن اشترى سلعة فأخذ مالاً قراضاً فأراد أن يصرف الثمن فيها: إني أخاف أن يكون استغلى ما اشترى فصرف مال القراض فيه، وقد كان قصده شراءها لنفسه.

والانفصال الثاني لأصحاب أبي حنيفة أن الموكِّل على البيع وَكَّل على ما يملك الموكِّل التصرف فيه على الإطلاق، لأن السلعة له وسلمها لوكيله ليبيعها له، فصحّ أن ما يملكه من ذلك مثل الذي ملك بعد حصول التسمية بيعاً. والذي وكل على أن يشتري له لا يملك السلعة التي اشترى له. وإذا لم يملكها على الإطلاق لم يكن لوكيله أن يلزم ذمة الموكل ما شاء على الإطلاق، لأن الأثمان في الذِّمَم، والموكِّل له يملِّك الوكيل ذمتَه فينفذ فعلُه فيها كيف شاء.

والانفصال الثالث أن الوكيل إذا اشترى بزيادة ظاهرة على القيمة لزمه العقد في نفسه، وأدّى الثمن لمن باع منه، وسقط ذلك عن الموكل، لكون الوكيل قد خالف ما أمره به الموكل. فلم يبطل حق البائع في هذا العقد الصحيح لكوْن الثمن/ يأخذه من الوكيل الذي عقد الشراء منه.

وإذا وكله على بيع سلعة فباعها ببخس، فإنا إذا أبطلنا ما يعقد الوكيل أبطلنا حق المشتري منه في عقد صحيح، إذ لا تتصور ها هنا مطالبة الوكيل

بإمضاء العقد. فمراعاة حق الغير في هذا اقتضت التفرقة بين الوكالة على البيع والوكالة على الشراء.

وقد ناقضهم **أبو حامد الإسفرائيني** في هذا بأنه لو قال له الموكل: اشتر لي سلعة بمائة دينار. فاشتراها الوكيل بمائة وعشرة، فإن ذلك لا يلزم الموكل، كما لا يلزمه ذلك إذا أمره أن يبيع سلعته بمائة فباعها بتسعين، مع كون الوكيل يُتَصَوَّر فيه أن يطالب، في الشراء، بالثمن الذي عقد به، ولا يطالب في البيع. ثم هذا[1] استوى الأمر في الوكالة على البيع والشراء في أن ذلك غير لازم للموكل.

عندي[2] أنه قد يقول القوم في هذا بأن النص على مقدار الثمن في البيع لا احتمال فيه ولا إشكال، ولا يصح دعوى العموم فيه. فلهذا لم يلزم الموكل البيع. وأما إذا أطلق ولم ينص على مقدار الثمن فإنه يجب حمله على العموم، وتخصيصه بالعرف كتخصيص العموم به. وفيه اضطراب بين أهل الأصول. هذا، على أنّهم ينازعون في ثبوت هذا العرف.

وأما صاحبا **أبي حنيفة** فإنهما قدّرا أن النقد والنسيئة من صفات الثمن، والصفات يعمّها لفظ الوكالة. كما لو قال: اشتر لي أمة. ولم ينص الموكل على قبيلتها. فإن للوكيل أن يشتري أمة من أي قبيلة كانت. بخلاف كون الثمن بخساً فإنه نقصان في مقداره، وذلك خارج عن الصفات، وذلك مخالفة الجنس.

فمأخذ الاختلاف في هذه المذاهب قد بيّنّاه. لكن إذا حصل هذا التقدير فما الحكم فيه؟

أما إذا وكله على بيع سلعة، وقلنا: إنه منهي عن بيعها بغير العين، فإنه إذا باعها بعرض آخر، فإن كانت السلعة قائمة التي وكل على بيعها، كان الموكل بالخيار بين أن يفسخ العقد لكونه عَقد على خلاف ما أمر به في ملكه، أو يجيزه

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بهذا.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وعندي.

ويأخذ العوض الذي بيعت به سلعته. وهل له أن يُضمّن الوكيلَ لأجل تعدّيه، مع كون سلعته التي وكل على بيعها حاضرة لم تتغير في سوق ولا بدن؟ قال غير **ابن القاسم** في كتاب الوكالات: ليس له ذلك. وهذا هو أصل المذهب. **لكن ابن القاسم** قال: هو ضامن. وأطلق الجواب من غير تقييد بقيام السلعة التي وكل على بيعها أو فوتها. **وابن المواز** قد نصّ على الضمان مع قيام السلعة وإن لم تتغير في سوق ولا بدن.

ودعا بعضَ المتأخرين هذا إلى الاعتذار عن **ابن المواز**، لما رأى ما قاله مخالفاً لأصل المذهب لكون المتعدي على مال الغير لا يلزمه غرمه مع حضور عينه، وكونِه لم يتغيّر في سوق أو بدن، إلى أن قال: لعل ابن المواز ذكر هذا لكون العقد يجب إمضاؤه لحق المشتري فيه وعدم البيّنة على أن هذه السلعة للموكل، فيكون الوكيل، إذا امتنع المشتري من ردها وكذَّب الوكيلَ في دعواه الوكالة، قد أتلفها على صاحبها، فحلّ ذلك محلّ إتلاف عينها.

وقد وقع في المذهب فيمن وكل على بيع سلعة وسمي له ثمنها وتعلق به الضمان أنه يلزمه ما سمي له، وإن كان أكثر من قيمتها. وقُدر أنه كملتزم لتسمية لما خالف الموكلَ فيما أمرهُ به ونص له عليه. فيمكن، أيضاً، أن يكون التضمين، ها هنا، إنما قدر فيه أن الوكيل ملتزم لعوضها وغرامتها، فلهذا/ أغرمه وضمّنه، وإن كانت قائمة.

وأما إن كان تعديه في عقدة البيع بثمن مؤخر، مثل أن يقول له: بع هذه السلعة بعشرة نقداً. فيبيعها بخمسة عشر إلى أجل. فإن السلعة إذا كانت قائمة فإن للموكل أن يفسخ البيع، لكون الوكيل تعدى في عقد البيع. وله أن يجيز البيع ويقدّر أنه كمبتدىء عقد في سلعة، لما كان له أن يفسخ عقد الوكيل فيها مع كون الوكيل لم يتوجه له غرامة عليه إذا لم يقل: إنه التزم التسمية. وأما إذا فاتت السلعة فإن الدين يباع. وقد كنا ذكرنا هذا في كتاب السلم الثاني مبسوطاً، وأشبعنا القول فيه وفيما يتعلق به من مخالفة الوكيل في جنسية، مثل أن يأمرهُ

بالبيع. بدنانير فيبيع بعرض. أو مخالفة في النقدية بأن يأمره أن يبيع بعشرة دنانير نقداً، فباع بدنانير إلى أجل. أو يأمره أن يبيع بعشرة إلى أجل فيبيع بعشرة نقداً. وذكرنا هناك اختلاف الشيخ **أبي محمد بن أبي زيد وابن التبان** في هذا.

وهكذا ذكر أبو حامد الإسفرائيني أن المسألة عندهم على وجهين، أحدهما: لزوم ذلك للموكل لأن الوكيل لم يزده بما فعل إلاّ خيراً. والثاني: أن ذلك لا يلزم، لأن الموكل قد يكون له غرض في بقاء الدنانير في الذمة، وقد أوعبنا الكلام على هذا في كتاب السلم الثاني.

وأما إن كانت المخالفة في مقدار الثمن، بأن يأمره أن يشتري عبداً بمائة، فاشتراه على الصفة التي رسمها له بأقل من مائة دينار، فإن ذلك لازم للموكل، لأنه مقتضى العرف في هذا الخطاب، ومعناه: اشْتَرِهِ بمائة فأقلّ. فإن وضع للموكل، وأصلح له، فما يريد إلا ما هو الأفضَل له والأنفع.

وهكذا مذهب **الشافعي**. ولكن شرطوا أن يكون العبد يساوي مائة دينار، لكون الآمر نصّ على المائة، وقد يكون له غرض في ألاّ يملك إلا من كانت قيمته مائة دينار.

ولو أمره بشراء عبد بعينه التزم الآمرُ ذلك. ولم يشترطوا فيه أن يكون قيمة العبد مائة دينار لمّا عيّن ما يشتري له، بخلاف ما لا يعيّنه.

وأما إن اشتراه بأكثر من مائة دينار، فعندنا أنه تعتبر الزيادة على المائة هل هي يسيرة، كالدينار والدينارين في أربعين ديناراً، أو الدينارين والثلاثة في المائة دينار، فيلزم ذلك للآمر من جهة العرف والعادة، لكون السلع المبيعة على اختيار أربابها قد لا ينحصر اختيارهم إلى حدّ بعينه. فإذا عُلِم هذا صار معنى أمر الآمر اشتراءَها بمائة دينار وما قاربها مما عادة الناس يزيدونه فيما حُدَّ لهم. ولكن هل يقبل قول الوكيل: إنه قد زاد هذا المقدار أم لا؟ هذا يجري على القولين فيمن أمر أن يخرج من ذمته إلى أمانته. وقد كنا تكلمنا على هذا الخلاف فيما سلف من كتب البيوع، وقد نعيده فيما بعد، إن شاء الله تعالى.

وإذا أسلم السلعة للموكل ثم زعم أنه زاد فيها زيادة تلزم الآمر. فإن هذا عند **ابن القاسم** يقبل منه إن ادعى ذلك بالقرب من زمن تسليم السلعة للموكل. وإن ادعاه بعد طول لم يقبل منه. وهذا لكون العادة تُبعد دعواه إذا ادعى ذلك بعد تسليم السلعة بزمن طويل. إلا أن يكون له عذر في تأخير ذكر ذلك إلى الآن.

وأما إن زاد في الثمن زيادة كثيرة فإن ذلك لا يلزم الآمر، ولكنه له أن يلتزمه لكون الوكيل مقِرًّا أنه إنما اشترى للموكل، فله أن يقبل ذلك، ويَجبِر لتعدّيه عليه.

وأما إن أمره أن يبيع سلعة بثمن محدود، فإنه لا يلزم الموكل بيعُها بدون ذلك وإن قلّ النقص. بخلاف الزيادة القليلة إذا أمر الوكيل بالشراء، وذلك لما أشرنا إليه من كون الشراء لا يتأتى غالباً/ بما يحدّه الآمر حتى لا يزاد عليه شيء، وغرضه تحصيل المشترَى، ولا يحصل إلا بتمكين الوكيل من زيادة يسيرة. وأما البيع فإنه لا يلزم الموكلَ لكونه يتأتّى بما حدّ له، أو يردّ على الموكل ما وكله على بيعه.

وقد أشار بعض المتأخرين إلى أنه لا فرق بين الوكالة على البيع أو على الشراء في أن الموكل على البيع ينبغي أن يسامح بأن يبيع بنقص خف يسير عما حدّ له، وتردّد في هذا.

والتحقيق يقتضي ألاّ فرق بين الوكالة على البيع أو على الشراء في كون الوكيل لا يبيع أو يشتري إلا بما حدّ له، من غير زيادة في الشراء، وإن قلّت، أو نقص في البيع، وإن قلّ.

هكذا مذهب الشافعية فيمن أُمِر أن يشتري بثمن حُدّ له فإنه لا يمكن من الزيادة عليه، وإن قلت الزيادة.

وهذا الذي قالوه من المساواة بين الأمرين هو مقتضى التحقيق. فإن التفت إلى فرق بينهما فلا طريق له بتحقيق إلا التمسك بالعرف والعادة، بأن

يكون العرف في البيع منع الوكيل من النقص مما حُدّ له، وإباحة ذلك للمشتري إذا قلّت الزيادة. هذا حكم ما حُدّ من الأثمان للوكيل.

وأما ما حدّ في المثمونات، مثل أن يوكل رجل رجلاً على أن يشتري له جارية على صفة سماها له، فاشترى له جاريتين على تلك الصفة بالثمن الذي حدّ له في الجارية الواحدة، فإن ذلك لا يخلو من وجهين. أحدهما: أن يشتري واحدة بعد واحدة، والثاني أن يشتريهما صفقة واحدة.

فإن اشتراهما واحدة بعد واحدة، فالأولى للموكل، والثانية للوكيل إذا لم يختر الموكل أخذها وقد اشتراها له. ويرتجع من الوكيل الثمن الذي دفعه فيها، إذا كان قد دفع إليه جميع الثمن الذي حدّ له أن يشتري به.

وإن اشتراهما في صفقة واحدة، ولم يقدر أن يشتري واحدة مفردة، فإن ذلك لازم للموكل لأنه زاده خيراً بأن دفع المائة دينار، التي أمره أن يشتري بها جارية، في جاريتين على صفة ما أمره به الموكل. وتكون له الزيادة ها هنا في المثمون كالنقص من الثمن المحدود، لأن الغرض ها هنا، بالتحديد ألاّ يتعداه الوكيل بما هو أضرّ بالموكل. وأما تعدّيه بما هو نفع له فلا ينسب فيه إلى الوكيل تعدّياً لكون الغرض يقتضيه، فخرج عن حكم اللفظ بمقتضى الغرض والقصد. وقد أشار بعض أشياخي إلى أن الأمر إذا كان كذلك فإنه لا يختلف المذهب في لزوم ذلك للموكل، وإنما الخلاف الذي وقع في المذهب محمول على من قدَر أن يشتري واحدة فعدل عن ذلك إلى أن اشترى اثنتين. والخلاف في هذا ينحصر إلى القولين. أحدهما ما ذهب إليه **أصبغ** من أن الجاريتين يلزمان الموكل. ولم يقيّد هذا الجواب بكون الوكيل قادراً على الإفراد أو غير قادر. وإنما قيّده **ابن المواز**، وذكرنا أن تقييده أشار بعض الأشياخ إلى أنه لا يخالف فيه.

والقول الثاني إثبات التخيير للموكل. ولكن في ماذا يكون له التخيير؟ فيه قولان:

قال ابن القاسم: يلزم الموكل واحدة، ويخيّر في الثانية بين أن يقبلها أو يردّها ويأخذ ما ينوبها من الثمن.

وقال ابن الماجشون في المبسوط: إنما يخير بين قبول الاثنين بجميع الثمن أو يردّهما[1] وأخذ جميع الثمن.

فكأن من ألزم الموكل ذلك على الإطلاق رأى أن الوكيل زاد الموكل خيراً، فنظر له فيما هو أنفع له، فوجب أن يلزمه. وبهذا علل أصبغ.

ومن أثبت التخيير رأى أن الموكل قد يكون له غرض في الإفراد، إما لعجزه عن القيام بجاريتين أو لغير ذلك/ من الأغراض. فإذا تصوّر له غرض صحيح في هذا التحديد لم يلزمه مخالفة وكيله له في هذا الغرض.

ولكن اختلف أصحاب هذه الطريقة. فرأى **ابن القاسم** أن هذا في معنى الصفقتين.

وقد قدمنا أن الوكيل إذا اشتراهما في صفقتين فإن الأولى هي اللازمة للموكل. وكذلك يجب أن يكون إذا اشتراهما في عقد واحد.

ومن أثبت له التخيير في قبول الجاريتين أو ردّهما التفت إلى جانب الوكيل، ورأى أن تبعيض التي عقد يلحقه منه ضرر، فلم يمكِّن الموكّلَ من إضراره وقد قصد خيراً.

وهكذا للشافعي في هذه المسألة قولان:

أحدهما: أن الجاريتين يلزمان الموكل، كما قاله **أصبغ**.

والثاني: أنه لا يلزم الموكل إلا واحدة، وهو في الأخرى بالخيار، كما قاله **ابن القاسم**. لكنه يشترط أن تكون الواحدة اللازمة للموكل تساوي الثمن الذي حدّ له فيها، مثل أن يأمره أن يشتري جارية على صفة بمائة، فيشتريها بخمسين، وهي على الصفة المرسومة للوكيل. فإنه لا يلزم الموكل ذلك، إلاّ أن

---

(1) هكذا في النسختين. والأوضح: أو ردّهما.

تكون تساوي المائة دينار التي رسم له. لإمكان أن يكون للموكل غرض في أن لا يتسرَّى أو يستخدم إلاّ من كان ثمنه ما رسمه للوكيل.

ويحتج لمذهب **أصبغ** بحديث **حكيم بن حزام**: أن النبي ﷺ «أمره أن يشتري له شاة بدينار، فاشترى له شاتين بالدينار، وباع واحدة منهما بدينار، وأتاه بشاة ودينار، فدعا له بالبركة. فكان لو اشترى تراباً لربح فيه»[1]. فلولا أن الشاة المبيعة لازمة له، ﷺ، وصارت على ملكه لم يأخذ ثمنها، ولا أقرّه على ذلك. وقد قيل في هذا الحديث: إن الشاة المبيعة لو لم تكن على ملك حكيم بن حزام لما باعها ولا أقرّه، عليه السلام، على جواز بيعها. وإنما باعها على ملكه، ولكن للنبي عليه السلام الخيار في قبولها لما كان اشتراها له.

ولو أمر رجل رجلاً أن يشتري جارية أو ثوباً على صفة بثمن محدودْ، فاشترى له نصفها، لم يلزم ذلك الموكلَ، لما في المشاركة من الضرر.

ولو أمره أن يشتري له عشرة أثواب، فاشتراها له صفقة واحدة، أو ثوباً بعد ثوب، للزمْ ذلك الموكل بحكم مقتضى إطلاق الوكالة وعمومها. إلاّ أن يكون للموكل غرض في الأفراد والجمع، أو يكون في ذلك عرف فيُقصر الوكيل عليه، ويكون متعدّياً في مخالفته، على علم بالغرض والعرف.

ولو شرط الموكل أن يشتري له ذلك صفقة واحدة، فاشترى ذلك من رجلين شريكين في العشرة الأثواب صفقة واحدة **فإن أبا حامد الإسفرايني** خرّج على هذا قولين: هل العقد الواحد من رجلين كصفقتين أو كالصفقة الواحدة؟ فإذا قلنا: هو كصفقتين، وجب أن يكون الوكيل متعدّياً.

ولو كان اشترى هذه الثياب من رجلين، فكان لكل واحد منهما ثياب معلومة متميزة، فإن هذا على القولين في جواز شراء سلعتين من رجلين، فإن قلنا بجوازه التُفِت في ذلك إلى ما قدمناه من كون العقد من رجلين صفقة واحدة أو صفقتين.

وقد تقدم كلامنا نحن على جمع السلعتين لرجلين، وعلى كون هذا العقد

---

(1) تقدم تخريجه.

الذي ذكرناه يقدر صفقة أو صفقتين، في ما سلف من هذا الكتاب.

ولو أمر رجل رجلاً أن يبيع له عبده بمائة دينار في سوق سمّاه له، فباعه بمائة دينار في سوق آخر، فإن **أبا حامد** ذكر أن الوكيل لا يكون متعدياً، لأن الغرض تحصيل الثمن المحدود لاعين السوق المذكور. بخلاف أن يأمره أن يبيعه من رجل سماه بمائة دينار، فباعه من رجل آخر بمائة دينار، لأن/ الموكل قد يكون غرضه بذكر فلان للإحسان إليه بتمليك هذا العبد، أو الإحسان إلى العبد بكونه يملكه هذا دون سواه.

وهذا الذي قاله في تبديل الأشخاص واضح. وأما تبديل الأسواق ففيه إشكال، هل يتصور للموكل غرض صحيح في تعيين السوق؟ إما لكون الزيادة ترجىٰ فيه دون غيره، أو لكون البيع فيه أقلَّ شغباً على البائع وأنفعَ له. فإذا تصوّر الغرض لم يكن فرق بين تبديل الأشخاص أو الأسواق. والعقلاء يحمل كلامهم على الأغراض الشرعية. وأصل الشرع ألاّ يتصرف في ملكه أحد إلاّ بحسب ما أذن فيه. لكن لو علم أن ذلك السوق لغو مُطَّرح في خطاب الموكّل لكان ما ذكره صحيحاً.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

اختلف الناس في شراء من أذن له في التصرف في مال غيره شرعاً، كالأب والوصي.

فمنهم من ذهب إلى جواز ذلك لهؤلاء. يُحكى هذا عن **الأوزاعي**. **والقاضي أبي**[1] **محمد عبد الوهاب** هذا مقتضى مذهبه، لأنه قد أجاز ذلك للوكيل، فأحرى أن يجيزه الأبَ والوصي. وذكر بعض أصحاب مسائل الخلاف هذا عن **مالك**.

ومنهم من ذهب إلى منع جميع هؤلاء من ذلك.

وأجازه **الشافعي** للأب خاصة دون الوصي والوكيل. والجدّ أبو الأب

(1) هكذا، ولعل الصواب: أبو.

كالأب عنده في هذا، لأنه من الآباء.

وأجازه أبو حنيفة للأب والوصي دون الوكيل. وجماعة ممن ينقل مسائل الخلاف يحكي هذا عن **مالك**.

والنكتة المعتبرة في هذا تطرّق التهمة، والنظر في لفظ الإذن في التصرف هل يقتضي دخول المأذون له في التصرف في الإذن؟

فمن خصّ الآباء بالجواز رأى أن التهمة لا تقع فيهم لكونهم طبعاً يؤثرون أولادهم على أنفسهم في المنافع، ويَقُونهم المضار، ويتقونها عنهم بأنفسهم. بخلاف الوصي والوكيل اللذين هما أجانب ممن له المال، فيتهمان في إيثار أنفسهما.

ومن ألحق الوصي بالأب رأى أن الشرع يجبر رب المال على تسليم التصرف للأب والوصي، وليس لرب المال أن ينزعهما. فلم يكن له اعتراض في شرائهما لأنفسهما.

وأما من منع الجميع فقدر أن الوصي والوكيل إنما تصرفا بإذن مَن دفع المال إليهما، وهما خارجان من عموم هذا الإذن. والأب، وإن أذن له الشرع، فإن التّهمة قد تتطرق إليه، فمنع لأجل ذلك.

وأما من أجاز لِلْجميع فقدر أن الإذن المقصود به تحصيل الثمن المعتاد، فإذا حصل المراد فلا وجه للمنع.

ويقدح الآخرون في هذا أن شراءهما وإن كان بالثمن المعتاد، فقد يتفق من يزيد عليهما لغرض له، فيتصامُّون عنه ولا يستقصون في الاشتهار[1] للسلعة إيثاراً لأنفسهم.

فإذا تقرر هذا، فإن هذا الفعل إذا وقع من الوكيل فإن العقد يفسخ. وإن فاتت العين بتلفها لزمت القيمة بدلاً من العين. وإذا كانت لم تتغيّر إلا في بدنها

(1) هكذا، ولعل الصواب: الإشهار.

أو سوقها ففي المذهب قولان، هل ذلك فوت يوجب القيمة، كما يكون ذلك فوتاً في البيع الفاسد، أوْ لاَ يكون فوتاً كالاستحقاق للسلع، لكون الوكيل معزولاً عن الشراء لنفسه فيملك السلعة بغير إذن. وقد وقع في كتاب القراض من **المدونة** في المبضع معه[1].

وذكر **ابن حبيب** أن الوكيل إذا اشترى لنفسه ثم باع من غيره بربح، أن الربح لرب المال، كما يكون له ثمن السلعة إذا استحقها[2].

والجواب عن/ السؤال الثالث أن يقال:

ذكر في **المدونة**، فيمن وكّل على بيع سلعة فباعها ولم يشهد على المشتري فجحده المشتري. أنه ضامن، لأنه أتلف الثمن إذا لم يشهد. وقد قال **مالك** فيمن أبضع معه بضاعة ليوصلها إلى رجل، فذكر أنه أوصلها وأنكر المبعوث إليه أن يكون وصلت إليه؛ إن الوكيل ضامن إن لم يشهد، وينبغي أن يلتفت في هذا إلى ما قلناه مراراً: من كون الأملاك لا يتصرف فيها إلا على حسب ما يأذن فيه مُلاّكها، فإن نص الموكل على أنه يأذن له في البيع بشرط أن يشهد فتعدّى وترك الإشهاد فإنه يضمن. وإن نص على أنه لا إشهاد عليه في العقد فإنه لا يضمن. وإن لم ينص على أحد الأمرين فمقتضى الإطلاق في تعميم اللفظ أنه لا يكون متعدياً في ترك الإشهاد. وهو مذهب **عبد الملك** في المسألة التي استشهد بها في **المدونة** من قول **مالك** في الرسول ببضاعة، فإنه يرى الإشهاد على الرسول في تسليم البضاعة، لكون لفظ الوكالة لا تقتضيه. ومذهب **ابن القاسم** أن الرسول يكون متعدياً في ترك الإشهاد لقوله تعالى في خطاب الاوصياء ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا﴾[3].

وينبغي أيضاً إذا علمت حكم النص على الأمر بالإشهاد أو ترْكِهِ فإنه

---

(1) بياض بالنسختين مقدار سطر.
(2) هكذا في النسختين.
(3) سورة النساء، الآية: 6.

يلتفت في هذا إلى العرف والعادة التي يعلم منها قصد الموكل وما التزمه الوكيل في إطلاق هذا اللفظ. وقد قال بعض الأشياخ: إن العادة في عقود البيوعات ترك الإشهاد، فلا يضمن الوكيل ها هنا بترك الإشهاد على عقد البيع، ولا مطالبة عليه إذا كانت السلعة الموكل عليها باقية في يديه، لكنه إن سلمها من غير إشهاد كان كالمتلف فيجب أن يضمن.

واختلفوا في ضمانه فقال الشيخ **أبو محمد بن أبي زيد**: يضمن قيمة السلعة.

وظاهر ما حكي عن **ابن شبلون**: أنه يضمن الثمن. وهو مقتضى ما وقع في **المدونة**. لأنه إنما ذكر في التعليل: إن ترك الإشهاد أتلف الثمن. فلولا أن مذهبه وجوب ضمان الثمن لما تعرض إليه في التعليل.

وقال غيرهما يضمن الأقل من الثمن أو القيمة. فإن كانت القيمة أقل ضمنها، لكون التلف في التعدي إنما وقع في تسليم السلعة من غير إشهاد، لا في العقد بغير إشهاد. فإن كان الثمن أقل لم يضمن أكثر منه لكونه قد لزم الموكل أخذه، وإن قصر عن القيمة تقصيراً يتغابن الناس في مثله، فيقول الوكيل: لو أقر به المشتري لم يكن لك سواه، فأنا أقوم به عنه وإن جحده.

وقد ينبني القول على أن الوكيل ضامن الثمن على الإطلاق، على أحد القولين عندنا، فيمن استهلك سلعة وقفت على ثمن، فإنه يضمن الثمن الذي وقفت عليه، لكونه بغصبها أتلفه على صاحبها ومنعه منه. والغاصب يضمن ما منع على أحد القولين.

وعلى هذا الأسلوب يجري في إقرار المشتري بالشراء ومخالفته للوكيل في مقدار الثمن، مثل أن يقول الوكيل: بعتها منك بخمسين. ويقول المشتري: إنما اشتريتها منك بأربعين. فإنهما يتحالفان ويتفاسخان. وإذا وقع الفسخ بتحالفهما جرى الخلاف الذي قدمناه في تمكين الموكل من تضمين الوكيل للخمسين ديناراً التي أقر أنه باع بها وقد أتلفها بترك الإشهاد. وإذا أمرناهما

بالتحالف فحلف المشتري ونكل الوكيل، فإن مالكاً ذكر في **الموازية** أن البيع يفسخ ورأى أنه لا يجب إخراج السلعة من ملك بائعها بخلاف ما ذكر وكيله أنه باعها/ به وليس نكوله عن اليمين على تصحيح قوله بالذي يوجب سقوط ملك صاحبها عنها، كما لو أقر عليه في ملكه بما لم يوكله عليه. بخلاف نكول مالك السلعة إذا تولى بيعها. وذكر **ابن القاسم** أن المشتري يصدق في دعواه أنه اشترى بأربعين إذا حلف على ذلك وقد نكل الوكيل. وقال **ابن المواز**: يصدق ولكن يغرم الوكيل العشرة لأنه قدر على أن يصونها على ربها بالإشهاد فتركه، ثم قدر أيضاً على صيانتها بيمينه التي توجب فسخ البيع فلم يفعل. وظاهر كلام **ابن القاسم** أن الوكيل لا يغرم العشرة الباقية من الثمن. وقد يحمل قوله على أن العادة عندهم ترك الإشهاد في العقد، وفي تسليم السلعة، فحلف الوكيل أنه باعها وسلمها، وحلف المشتري أنه لم يشتر ولا قبض. وكانت مصيبتها من الموكّل.

فإذا كان من حق صاحب السلعة استحلافهما جميعاً فبدىء باستحلاف الوكيل فنكل عن اليمين فإنه يغرم ما أتلف على البائع بترك الإشهاد وبترك اليمين، ثم لا مَرْجِع له على المشتري ولا يمكن من استحلافه، لأن المشتري إذا تجردت المنازعة بينه وبين الوكيل كان القول قول المشتري أنه لم يعقد منه بيعاً ولا سلم له شيئاً. ومن حقه أن يرد عليه اليمين. وهذه اليمين التي من حق المشتري لم يردها على الوكيل قد طلبه بها صاحب السلعة فنكل له عنها، فيصير كالناكل عنها المشتري أيضاً إذا ردها عليه.

وإن بدأ صاحب السلعة باستحلاف المشتري فنكل عن اليمين فلزمته الغرامة فإن له أن يستحلف الوكيل لكون دعواه أوجبت عليه غرامة، والمشتري لم يتقدم له نكول، فيقول الوكيل: قد تقدم نكولك عن يمين كان لي ردها عليك فلا تمكن من استحلافي.

وكذلك لو وكل رجل رجلاً على بيع عبده فحصل العبد في يد إنسان ذكر

أنه اشتراه من الوكيل بثمن سماه ودفعه إليه فإن القول قول الوكيل أنه لم يبعه منه. فإذا حلف ارتجع العبد، وإن نكل عن اليمين وحلف المشتري أنه اشتراه منه ودفع إليه ثمنه فإن الوكيل يطلب بما حلف عليه المشتري لكونه أثبت عليه في يمينه أنه قد سلم إليه مَا لا يستحقه الموكل.

ولو كانت الوكالة على شراء عبد فاشتراه من غير إشهاد ثم جحد البائع أن يكون باع وفي قيمة العبد فضل عما اشتراه به الوكيل، فإن ترك الإشهاد ها هنا يصيّره كمالٍ أتلفه الوكيل على موكله بترك الإشهاد فيعود الأمر في هذا إلى ما قدمناه من ذكر الاختلاف وتأويله.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

أما إن كان إتلاف الوكيل على الموكل من جهة أنه اشترى له ما لا يبقى على ملكه، كرجل وكل رجلاً على شراء عبد فاشترى للموكل أباه أو أخاه أو أحداً ممن يعتق عليه، فإنه لا يخلو من أن يكون الوكيل فعل هذا وهو غير عالم بأن هذا العبد أب لهذا الموكل أو أخ بل اعتقد أنه ممن يصح تملكه عليه، أو يكون اشتراه، وهو عالم بكونه يعتق على الموكل.

فإن كان غير عالم بذلك فإن الشراء لازم للموكل لكون الوكيل لم يتعمد الاتلاف على من وكله، ولا قصد إليه، فلا يلزمه غرامة من جهة غلطه في هذا. وقد كنا نحن قدمنا أن غلط الوكيل في التصرف فيه اختلاف كون الوكيل ها هنا غير ضامن. فقد يقال: إن العقد الذي وكل عليه قد وقع على ما يتملكه البائع وينعقد ملكه عليه. ولكن بعد انقضاء الوكالة/ وانعزال الوكيل خاطبه الشرع بأن يعتق أباه، فصار ذلك خارجاً عن إتلاف في نفس التصرف، (والعقد ها هنا ينظر فيه)[1].

وإن كان الوكيل اشترى ذلك عالماً بأن هذا الشراء لا يلزم الموكل لكونه متعدياً فيما فعل، وهو ها هنا وإن كان العتق بعد انبرام العقد على ما أشرنا إليه

(1) هكذا في النسختين، والأوْلى حذف هذه الجملة.

فإنه إذا كان عالماً بمآل هذا العقد صار قاصداً للإتلاف، ولكن هذا مما يقدح فيما أشرنا إليه في العذر في اعتراضهم عن تخريج الخلاف في خطأ الوكيل في هذا. فإذا كان هذا الشراء لا يلزم الموكل فإنه يلزم الوكيل بمقتضى حكم إطلاق المعاملة بينه وبين البائع منه. فإذا لزمه ذلك فهل يمكن من استرقاق هذا العبد أم لا؟ فيه قولان: ذكر **يحيى بن عمر** عن **عبيد بن معاوية** أن هذا العبد يكون رقيقاً للوكيل الذي غرم ثمنه لكونه لا يجب عتقه عليه بأصل الشرع إذ لا قرابة بينه وبينه، ولم يجب العتق على ولد هذا العبد لكون العقد لم يلزمه ولم يقع عليه، وأشار **يحيى بن عمر** إلى أن هذا مقتضى قول **ابن القاسم**. وذكر **يحيى بن عمر** أن البرقي قال له: إن هذا العبد يعتق على الوكيل، وكأنه قدر أن الوكيل التزم عتقه لما اشتراه لموكله وهو عالم بأنه يعتق عليه وأنه لا يصح ملكه، فصار بهذا قاصداً لعتقه عن موكله من مال نفسه، وعتق الإنسان عن غيره لازم.

وأشار بعض المتأخرين إلى أن مقتضى مذهب **ابن القاسم** كون هذا العبد يعتق كما يعتق عن المقارض أبو رب المال إذا اشتراه عالماً بكونه يعتق على رب المال لما له من الشبهة باستحقاقه التصرف في هذا العبد بالبيع له والشراء، كما يعتق عبد الصغير إذا أعتقه أبوه عن نفسه ويغرم قيمته لولده لما له من شبهة التصرف في مال ولده، فأشبه عتق عبد نفسه عن نفسه أو عتق عبد ولده الصغير عن رجل آخر، فإنه ينفذ العتق ويطالب الأب بالقيمة ويقدّر، لما يملكه من شبهة التصرف في مال ولده، كأنه أعتق ملك نفسه عن نفسه أو عن غيره.

والذي أشرنا إليه، من استحقاق تصرف هؤلاء وكون ذلك شبهة، تختلف مراتبهم فيه، لكون الأب يملك التصرف في مال ولده ملكاً مطلقاً بحكم الشرع، والمقارض يملك التصرف في هذا العبد بالبيع له والشراء، والوكيل إنما يملك مقدار ما وكل عليه في أمر هذا العبد.

ولو ادعى الموكل على الوكيل أنه اشتراه عالماً بكونه ممن يعتق عليه لكان القول قول الوكيل لكون الموكل يدعي ما يوجب غرامة الوكيل، والأصل براءة

ذمته، فإذاحلف الوكيل على ذلك لزم الموكل الشراء وعتق العبد عليه. وإن نكل الوكيل عن اليمين وحلف الموكل انتفى عنه هذا العقد، وعتق العبد على الوكيل، قولاً واحداً، لكونه ها هنا مقراً أنه اشتراه غير عالم بكونه ممن يعتق وأن عتقه يجب على الموكل. وإن كان الموكل قد ظلم في جحوده ذلك.

ومما ينظر فيه مما يجري على هذا الأسلوب وكالة رجل رجلاً على أن يشتري له سلعة بمال دفعه إليه، فتسلفه الوكيل ثم أخرجه من ذمته فاشترى له السلعة التي أمره الموكل بها. فإن أصحاب **الشافعي** ها هنا ذهبوا إلى أن هذا الشراء لا يلزم الموكل لكون الوكالة انفسخت بتسلف الوكيل هذا المال الذي صار في ذمته، فإخراجه من ذمته والشراء به لا يلزم الموكل، لكون الوكالة قد انفسخت قبل هذا الشراء، كما لو وكله على/ بيع عبد فمات العبد قبل أن يبيعه فإن الوكالة تفسخ بذهاب عين ما وكل عليه.

وهذا الذي قالوه ينبغي أن يلتفت فيه إلى ما وقع في المذهب من سلف الوديعة هل يجوز أم لا؟ فعندنا فيه اختلاف، وإذا تسلفها ثم ردها إلى أمانته فضاعت، هل يبرأ بذلك أم لا؟ فيه اختلاف في المذهب، فإذا قلنا: إنه يباح له السلف في الوديعة في هذا المال الذي وكل عليه إذا لم يتلف بتسلفه غرض الموكل، وإن قوله في رد ما تسلف يقبل ويبرأ برده، فإن مقتضى هذا أن يكون ما اشتراه بعد السلف لازماً للموكل على أنا سنذكر تعدي الوكيل هل يوجب فسخ وكالته فيما بعد إن شاء الله تعالى.

وممّا يجري على هذا الأسلوب أيضاً لو وكل رجل رجلاً على أن يشتري له بمال دفعه إليه سلعة، فاشترى الوكيل شراء مطلقاً على الذمة. فإن أصحاب **الشافعي** قالوا ها هنا: لا يلزم ذلك الموكل، لأنه إنما أذن له أن يشتري بعين مال دفعه إليه، فليس له أن يلزم ذمته غرامة إذا ضاع هذا المال. فإذا ظهر للموكل غرض صحيح في الشراء بعين ما دفع إليه من المال وهو كونه يتخوف ضياع المال الذي دفعه، فيطالب بالثمن، وقد لا يكون له مال سواه، فإن الوكيل

يكون متعدياً. ولو كان الأمر بالعكس: وكّله على أن يشتري له على الذمة ودفع إليه ما لا ينقده فيما يشتريه فاشترى بعين المال. فإن المسألة عندهم على وجهين: أحدهما أن هذا الشراء لازم للموكل لكونه لم يلحقه ضرر في هذه المخالفة بل زاده الوكيل خيراً بأن حصل له غرضه بعين مال وأبرأ ذمته.

والوجه الآخر كون هذا الشراء لا يلزم الموكل لتصور غرض له فيما أمر به الوكيل. وهو أن الشراء بعين مال يعرّض العقد إلى الانفساخ إذا أتلف الثمن المعين، والموكل لا يختار عقداً معرضاً للانفساخ، وإذا عقد الثمن في الذمة أمن الموكل من انفساخ هذا العقد.

وهذا الذي قالوه النكتة فيه عندنا غرضُ الموكل. فإن ظهر له غرض فيما رسم فخالفه الوكيل فإن العقد لا يلزم النوكل، وإن لم يكن له غرض إلا تحصيل المبيع، وقد حصل له فإن الشراء يلزمه.

وإذا كان الأمر هكذا فيما اعتلوا به في التخوف من انحلال العقد وانفساخه بتلف الثمن المعين، يلتفت فيه عندنا إلى كون الأثمان التي هي الدنانير أو الدراهم هل تتعين أم لا؟ عندنا فيه اختلاف فإن قلنا: إنها لا تتعين بطل هذا الذي قالوه. وإن قلنا: إنها تتعين، فقد ارتفع هذا الذي يتخوف سلامة الثمن الذي نقد، وصح العقد. والتغرير إنما يثبت حكم التعدي إذا وقع التلف، ألا ترى ما ذكر من أحد القولين عندنا فيمن اكترى منه حمل دهن على دابته، فربط القلال بحبل عرّضها به للتلف، فعطبت لأجل ذلك. فإنه قيل، في أحد القولين، أنه إنما يغرم القيمة حيث هلك الدهن، لا حيث حمله مغرّراً به.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال[1]:

ومما يلحق بأحكام تعدي الوكيل توكيله لغيره من غير إذن رب المال. فإنه ممنوع من ذلك. لأن رب المال إنما أذن في التصرف في ماله له خاصة

(1) لم يذكر هذا في الأسئلة أو في الشرح.

لثقته بأمانته واجتهاده، فليس له أن يجعل ذلك إلى غيره ممن لم يرض به رب المال. كما لم يكن له هو متصرف إلا بإذن رب المال. لكن لو كان الوكيل وُكّل على أمر يُعْلم أنه لا يتولاه مثلُه لكونه شريفاً والعمل خسيساً.

/ أو كونه لا ينهض بمثله، والموكّل له عالم بذلك، فإنه يباح له التوكيل. ويحل علم رب المال بهذه الحال التي عليها الوكيل محل النطق بإذنه في أن يوكل غيره فيما لا يليق به أن يتولاه من الأعمال أو فيما يتاح إلى الاستعانة فيه بآخر.

وإذا أذن له في أن يوكل غيره ففعل ثم مات الوكيل الأول، فإن الأظهر أن الوكيل الثاني لا يعزل بموت الوكيل الأول، بخلاف انعزال الوكيل الأول بموت من وكله. لأن الوكيل الأول إذا وكل رجلاً بإذن رب المال، فكأن رب المال وكله وناب عنه هذا. فيكون توكيل الأول كتوكيل رب المال. كما يكون تصرف الوكيل لازماً لرب المال تصرف رب المال نفسه. وقد ذكر **أبو حامد الاسفرائيني** أنه لا ينعزل، إذا قال رب المال لوكيله: وكل وكيلاً يكون من قبَلي. وأما إن قال له: وكل وكيلاً يكون من قِبلك، فذكر أن عندهم فيه اختلافاً، هل ينعزل الوكيل الثاني بموت الأول لمّا كان من قبله، وقد مات من هو من قِبَلِه، فأشبه انعزال الوكيل الأول بموت رب المال ولا ينعزل الثاني لكون رب المال حياً، وهو الآمر لوكيله بأن يوكل. ويكون قوله: وكل من يكون من قِبلك، متضمّناً أنه من قِبلي. وقد كنا قدمنا الكلام على قول رجل لوكيله: أقِرَّ عني بألف دينار لفلان، هل يكون هذا الأمر كأن الموكل ينطق به وأقر بالألف أم لا؟

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه: والوكيل مؤتمن ما بينه وبين موكله، والقول قوله في ردّ ما أودعه وأمره بالتصرف فيه أو قبضه[1] له من ديون قبضها له، ثبت قبضه لها ببينة، فادعى تسليمها الموكل، أو ضياعها. فإن لم يكن إلا إقراره[2] للغريم فلا يبرأ إلا ببينة على دفع ذلك للوكيل.

---

(1) هكذا في النسختين، وفي غ، والغاني: دفعه إليه.

(2) هكذا في النسختين، وفي غ، والغاني: أو إقرار الغريم فإن الغريم لا يبرأ.

وإذا وكله بأن يقضي عنه ديناً، أو يودع له مالاً، لم يكن له أن يدفعه إلا ببينة. فإن دفعه بغير بينة ضمن، إلا أن يقر المدفوع له.

قال الإمام رحمه الله يتعلق بهذا الفصل سبعة أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ ما حكم اختلاف الموكل والوكيل في ثمن ما وكل على شرائه[1].

2 ـ وما حكم اختلافهما في تسليمه للموكل ما وكله عليه؟

3 ـ وما حكم ضياع الثمن بيد الوكيل؟

4 ـ وما حكم العبد إذا دفع مالاً لمن يشتريه؟

5 ـ وما حكم الوكيل إذا باع السلعة وباعها الموكل من رجل آخر؟

6 ـ وما حكم الوكيل إذا اختلف.

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال: اختلاف الموكل والوكيل فيما أذن فيه للوكيل يتنوع أنواعاً:

فمنه ما يختلفان فيه في عدد الثمن الذي وكله على أن يبيع به، أو في كونه نقداً أو نسيئة، أو في كونه عيناً أو عرضاً، أو في كونه عرضاً من جنس، ويقول الآخر: بل من خلافه.

وينبغي أن نقدم لك أصلاً تعتمد عليه، وتُرجع سائر الروايات إليه. وهو:

أن النظر يقتضى الالتفات إلى ثلاثة معان: أحدها: استصحاب حال الملك. والثاني: استصحاب براءة الذمة من الغرامات، والثالث: كون الدعوى تشبه وتليق.

فوقع من المذهب قولان في اختلاف الموكل والوكيل في النقد والنسيئة بأن يقول الموكل: أمرتك أن تبيع بثمن إلى أجل. ويقول الوكيل: بل بثمن

(1) سقط السؤال الثاني من النسختين، ونصه كما يفهم من جوابه: وما حكم اختلافهما في تسلّم الوكيل من الموكّل ثمن السلعة التي وكّله على شرائها؟

حال. فقد قيل: إن القول قول الآمر. وقيل: القول قول المأمور. وهذا مع كون السلعة المبيعة قد فاتت. لتعارض مقتضى الأصلين اللذين قدمناهما. وذلك أن استصحاب مال الملك، وكون السلعة الفائتة ثبت/ أنها كانت من أملاك الموكل، فلا تخرج من ملكه إلا بما ثبت عليه بينة أو أقرَّ به. فإن لم يثبت ذلك عليه صدق في صفة ما أَذن فيه مع يمينه، وثبت التعدي على ملكه، فيغرم الوكيل قيمة السلعة إذا فاتت، لكونه قد ثبت التعدي عليه في بيعها بيمين مالكها.

فإن كان ما أحضر من الثمن فيه قيمتها التي تجب عليه، ولم يتلف على ربها مالاً، فإنه لا فائدة في اختلافهما، لأن تصديق الآمر لا يوجب له إلا القيمة وتصديق المأمور لا يوجب عليه سوى الثمن الذي أحضره. فلا يؤمران بيمين لا تفيد أحدهما.

فإن كانت القيمة الواجبة بهذا التعدي إذا ثبت أكثر من الثمن الذي أحضره الوكيل، فإنه ها هنا يتصور الخلاف، هل يغرم الوكيل ما زاد من القيمة على الثمن إذا حلف الموكل، أو يحلف الوكيل ويبرأ منه استصحاباً لبراءة ذمته. فمن رجح أحد هذين الأصلين على الآخر قدم مقتضاه. ولو كانت السلعة المبيعة قد أفاتها مشتريها بلباس، وحكمنا بأن القول قول الآمر، وثبت له التعدي، فإن من حقه أن يغرم المشتري قيمتها يوم أفاتها اللباس كما يغرمه ذلك إذا استحقها وقد باعها غاصب. لكن من حق المشتري ها هنا أن يستحلف الوكيل أنه لم يغره ولا كذب فيما ذكره عن الموكل، لأجل أنه لو أقر الوكيل بأنه هو الذي غره وكذب له حتى ألزمه زيادة على الثمن وقد كان في غناء عنه، وعن لباس هذا الثوب، ولم يصن بلباسه ماله. فإذا كان إقراره بهذا يلزمه غرامة للمشتري، كان من حق المشتري أن يستحلفه، ولكنها يمين تهمة لا ترجع على المشتري وتعلقها على حسب تعلق أيمان التهم.

وعلى هذا الأسلوب تجري في بقية ما ذكرناه من الأقسام. إلا أن يدعي أنه أذن له في بيع السلعة بما تكذبه فيه العادة، فإنه لا يصدق ويرتفع الخلاف،

فينظر فيما يدعيه من الإذن له في البيع بعوض هل يشبه ويليق؟ فيجري الأمر على ما قدمناه، أولا يشبه في العادة فلا يصدق، ويصدق الآمر.

على هذا الأسلوب أيضاً يجري الأمر في الاختلاف فيمن وكل رجلاً بأن يشتري له قمحاً بدنانير، فاشترى له تمراً، وقال: بذلك أمرتَني. فإنه قد اختلف قول **مالك** في هذا. فذكر **أبو الفرج**: **أن أشهب** روى عنه: أن القول قول الآمر. وبهذا المذهب أخذ **أشهب**. وروى **ابن نافع عن مالك**: أن القول قول الوكيل. وبه أخذ ابن نافع. وفي **المدونة**: أن القول قول الوكيل. واعتُل بأن الذهب استهلك بدفع الوكيل له، فأشبه فوات السلعة.

وقد ذكر **ابن المواز** في هذا تفصيلاً فقال: القول قول الآمر إذا كانت السلعة قائمة لم تفت، وعُلم أن الثمن من مال الموكل ببينة أو بإقرار قابضه الذي هو بائع السلعة. فأما إن فاتت أو لم يُعرف أن الذهب للموكل فإن القول قول الوكيل.

وعاب الشيخ **أبو إسحاق** هذا التفصيل. ورأى أن مقتضى النظر تصديق الآمر على الإطلاق. أو تصديق المأمور. واعتل بأن الدنانير إذا عرف أنها للآمر، وأخذها بثبوت كونها له، فإن الوكيل يلزمه غرامتها للبائع، فمن اشترى سلعة بدنانير فاستحقت الدنانير، فإن على المشتري خلفها، ولا ينفسخ البيع. فإذا توجه على الوكيل غرامة إذا عرفت بعينها فيجب أن يصدق لينفي عن نفسه هذه الغرامة كما صدق في فوت السلعة لما يتوجه عليه من غرامة في/ فوتها. ثم جنح إلى اعتذار عن **ابن المواز**: بكون السلعة إذا فاتت، وتوجهت غرامة على الوكيل فإنه يصدق. فإذاكانت السلعة قائمة وتوجهت عليه غرامة فإن الوكيل يتعوض وما غرم السلعة التي بقيت في يديه لما لم يصدق على الموكل.

وإذا كانت السلعة قد فاتت وألزمناه الغرامة لم يبق في يديه عوض عنها. فلهذا افترق الحكم بين كون السلعة قائمة فتتوجّه على الوكيل غرامة وعنده عوضها، فكأنه لم يغرمه وبين كونها فائتة إذا غُرِّم ولم يكن عنده عوض عن الغرامة.

وقد ذهب بعض أشياخي إلى أن الوكيل إذا بين لبائع السلعة أنه يشتري شراء وكالة، وأن الدنانير التي يدفعها للموكل فإنه لا تتوجه على الوكيل غرامة إن أخذت الدنانير من يد البائع، لأنه قد بين حين العقد أن العقد لغيره، وأن الثمن لغيره.

وهذا الذي ذهب إليه بعض أشياخي قد ذكره **أبو حامد الاسفرائيني** من أصحاب **الشافعي**، وفصل فيه هذا التفصيل من كون الوكيل لا تتوجه عليه غرامة، إذا بين حين العقد أن الشراء للوكيل، والدنانير له، على حسب ما قاله بعض أشياخي. بخلاف أن لا يبين ذلك حتى تجب عليه المطالبة بالثمن من ذمته، وتتوجه عليه الغرامة. فإذا كان **ابن المواز** أراد هذا الوجه، وهو الذي صورناه من كون الوكيل لا تتوجه عليه غرامة إذا استحق الآمر للدنانير ارتفع ما عارضه به الشيخ **أبو إسحاق** من كون الغرامة تتوجه عليه مع قيام السلعة، فيجب أن يصدق. ولو شهدت البينة بأن الدنانير التي اشترى بها الوكيل للآمر، ولكن البينة لم تعلم الجنس الذي أمره به، لصُدّق الآمر وقضي له بارتجاع الدنانير. ثم تتعلق في مطالبة البائع للوكيل بها، على حسب ما قدمناه. فإن نكل الآمر مضى العقد، ولم يلزم الوكيل يمين فيها[1] يقبل فيه قوله ها هنا، لأنه إذا كان القول قوله فله أن يرد اليمين على الآمر، فإذا ردها ها هنا، وجد الآمر قد نكل، ونكوله يمنع من تعلق هذه اليمين.

وعلى هذا الأسلوب يجري الأمر في اختلاف الوكيل والموكل في مقدار الثمن المأمور به. مثل أن يقول الآمر: أمرتك أن تشتري له بأربعين. ويقول المأمور: أمرتني أن تشتري بخمسين. فإن **مطرفاً** ذكر أن القول قول الآمر. وعلى الطريقة الأخرى، القول قول المأمور لما يتوجه عليه غرامة العشرة الزائدة على حسب ما بيناه.

ولو كان هذا الاختلاف فيما لا تتوجه على الوكيل فيه غرامة من العقود.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فيما.

مثل أن يوكل رجل رجلاً على عقد نكاح له، ويختلف الوكيل والموكل في مقدار الصداق الذي وكله عليه، فإن القول قول الموكل ها هنا لأنه هو الذي يقبض المثمون، الذي هو البضع، وهو الذي يدفع الثمن. بخلاف البياعات، فإن الوكيل له قبض الثمن ودفع المثمون. لكن لو تُصوِّر في عقد النكاح بوكالة غرامة الوكيل، مثل أن يدفع الوكيل للزوجة الصداق من عنده سلفاً للموكل، فإنه ها هنا تتوجه عليه غرامة إذا صدق الآمر. لاعترافه بأن الزوجة قبضت منه الصداق الذي جحد الزوج بعضه بوجه جائز، وأنه لا يحل للزوج أخذ ذلك منها ولا جحوده لها.

ومذهب الشافعية من هذا الأصل الذي ذكرناه من اختلاف الوكيل والموكل، في مقدار ما أُمر الوكيل أن يشتري به، أن القول قول الآمر. لأنه لو أنكر أصل الإذن لقبل قوله، فكذلك يقبل قوله في تفصيل/ الإذن وصفته. وكذلك قاسُوا ذلك على أن الزوج لما كان القول قوله في أنه لم يوقع طلاقاً، فكذلك يكون القول قوله في عدد الطلاق الذي أوقع إذا ادعت عليه الزوجة أكثر مما أقر به من عدد الطلاق، والأصل ثبوت العصمة، فيجب أن يصدق الزوج في مقدار ما أحدثه في العصمة كما يصدق في أنه لم يحدث فيها شيئاً. وها هنا إذا صدق الآمر فيما يُلزم الوكيل غرامة، وقد ائتمنه على التصرف له، كنا ألحقنا بالوكيل ضرراً وغرامة بدعوى الآمر عليه.

وعلى هذا القياس جرَوْا في رجل أمر رجلاً أن يشتري له عبداً بألف دينار فقال الوكيل: قد فعلت. وقال الموكل: لم تشتره إلا بثمانمائة، فإن القول قول الموكل لما كان مصدقاً في إنكار أصل الإذن. فكذلك يجب عندهم أن يصدق في تفصيله.

وذهب أبو حنيفة إلى أن الموكل إن كان قد سلم الألف إلى الوكيل فإن الوكيل يقبل قوله فيما زعم أنه اشترى بالألف لكون الموكل ها هنا يطلب عليه غرامة (الوكيل بعض)[1] ما دفع إليه وائتمنه عليه. وإن كان لم يدفع الألف إليه

(1) هكذا في النسختين.

فإن القول قول الموكل، لكون الوكيل ها هنا يطلب غرامة الموكل.

والظاهر من مذهبنا أن الوكيل مصدق في الوجهين لأنه قد أؤتمن على هذا الفعل، وذكر أنه فعل ما وافقه الموكل على أنه ائتمنه عليه. فسواء دفع الألف إليه، أو أمره أن يَعقد بها على ذمة الموكل.

وإن كان قد ذكر بعض أصحاب **الشافعي**: أن الوكيل إذا قال: قد دفعت ما أمرني الموكل ببيعه وقبضت ثمنه فضاع. وقال الموكل: لم تبع ولم تقبض الثمن. فإن في المذهب عندهم قولين: هل يكون القول قول الآمر أو المأمور؟ والمشهور عندهم أن القول قول الآمر. (وهذا نقيض ما قالوه في اتفاقهما على أن الآمر موقع شراء العبد بألف، واختلفا في المقدار الذي اشتراه به)[1].

وقد اختلف فيمن دفع إلى رجل مائة دينار ليدفعها إلى عُمر. وقال: بذلك أمرني ربها. فروي عن مالك: أن القول قول الآمر. وقال ابن القاسم: القول قول المأمور ها هنا، بخلاف أن ينكر الآمر أن يكون أمره بدفعها إلى أحد، فإن القول عنده قول الآمر. ففرق بين إنكار الإذن من أصله، أو الإقرار، وخالف في تفصيله.

وإذا قلنا: إن القول قول الآمر، وحكمنا على الوكيل بأن يرد عليه ما سلم إليه من الدنانير، فهل يكون للوكيل أن يستردها ممن دفعها إليه أم لا؟ فيه عندنا قولان:

أحدهما: أنه لا يمكن من ذلك لإقراره أن الآمر ظلمه فيما أخذه منه، وأن الذي سلم إليه ما أُمر به قد أخذ ما يستحق بوجه جائز صحيح فلا يمكن المأمور من ظلمه لأجل أن الآمر ظلمه فيما أخذ منه.

وقيل: بل يمكن من ذلك لأنه لم يقصد هبة من دفع ذلك إليه، وإنما هو

---

(1) هكذا في النسختين.

كالمبلغ عن الآمر. فإذا كذبه في البلاغ كان من حقه أن يستردّ مَا دفعه إلى من أمره للآمر[1] بالدفع إليه.

وهكذا مذهب الشافعية أنه بالخيار بين أن يرجع على دافع الدنانير، أو على قابضها. لأن المأمور قد يقدر عنده في تسليمها إلى من لم يأمره بالتسليم إليه، وكان له المطالبة بمقتضى هذا التقدير. وله أن يطالب القابض لأجل أنه يعترف أن هذا المال إنما صار إليه من جهة الآمر. لكن عندهم اختلاف في، إذا كانت الوكالة على قبض دنانير من ذمة رجل فأتى الموكل فأنكر هذه/ الوكالة فعندهم قولان: هل لرب الدين أن يطالب القابض بهذه الوكالة التي أنكرها الموكل أم لا؟

فأحد القولين عندهم: تمكينه من مطالبة هذا القابض لاعترافه أن الذي قبضه إنما قبضه لرب الدين..

والقول الآخر: ليس له مطالبة، لأن حقه في ذمة الغريم، والذي قبضه هذا ليس هو عين حق رب الدين فتكون له المطالبة به.

فإذا تقرر حكم الاختلاف في أصل الإذن، أو في صفة الإذن. أو في وقوع الفعل المأذون به على حسب ما بيناه، فإن الوكالة لو كانت على شراء جارية فاختلف الآمر والمأمور في مقدار الثمن الذي فيه فقال الآمر: أمرتك بعشرة، وقال المأمور: بل بعشرين، وقضينا بأن القول قول الآمر، على حسب ما قدمناه من ذكر الخلاف في ذلك، فإن هذه الجارية إذا بقيت في يد المأمور نُظر في استباحة وطئها، فبيْن أصحاب **الشافعي** في ذلك اختلاف انفرد **الاصطخري** منهم فقال: يباح لهذا المأمور تعدّي ما أمر به يقتضى أنه لا ملك له فيها، وأنه قد سلم الملك للمأمور، وإذا كان الملك مسلماً لِهذا المأمور لم يحرم عليه وطء ملكه.. وكل أصحاب **الشافعي** سوى هذا الرجل، على أن وطأها لا يحصل للمأمور لإقراره بأنها على ملك الآمر، واعتقاده أنه ظلمه في

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الآمر.

إغرامه لثمنها. ولهذا استحب الشافعي للحاكم أن يوقف بينهما، بأن يأمر الموكل أن يبيعها من الوكيل مما أخذ منه، أو يوليها له، على اضطراب عندهم في صفة ما يوفق الحاكم به بينهما في هذا حتى يحل إلى المأمور. وقد كنا نحن قدمنا في كتاب السلم الكلام على هذا المعنى فيمن باع جارية من رجل واختلف البائع والمبتاع في ثمنها فتحالفا وتفاسخا. وذكرنا هناك هل الفسخ لهذا العقد وقع ظاهراً وباطناً فيحل للمانع وطؤها. أو وقع في الظاهر دون الباطن فلا يحل له وطؤها؟ وبسطنا القول في ذلك. وهذه المسألة مما تلحق بما نحن فيه من اختلاف الموكل والوكيل، ما ذكرهُ **المدونة** فيمن أمر رجلاً أن يشتري له جارية بربرية، فاشترى الجارية الموصوفة وبعث بها إلى الموكل، ثم أتاه بجارية أخرى على الصفة، وقال: هذه التي اشتريت لك، والأولى التي أنفذت إليك أنفذتها لتكون وديعة عندك، ولم يبين ذلك حين الإنفاذ، فإن القول قول الوكيل مع يمينه، إن كانت الجارية لم تفت، وينتزعها من يد الموكل. ويلزم الموكل قبول الجارية التي أتى بها إليه، وذكر أنه اشتراها له. فإن فاتت الجارية المبعوثة إلى الموكل، بأن أعتقها الموكل أو أحبلها أو كاتبها أو دبّرها، فإنه لا يقيل الوكيل في رجوعها إليه، وتبقى على ما هي عليه من إمضاء ما فعله الموكل فيها بما ذكرناه إلا أن تشهد بينة بصدق الوكيل من كون المبعوثة إنما أنفذها وديعة، فيستحق الوكيل ارتجاعها.

كما يجب نقض هذه الأفعال إذا فعلها من اشترى جارية ممن يعتقد أنه مالكها فأتى من استحقها، فإنه ينقض ما فعله المشتري من ذلك على الاختلاف المشهور في الجارية المستحقة، بعد أن أولدها المشتري، هل يأخذ عين الجارية وقيمه ولدها أو يأخذ قيمتها وقيمة ولدها، أو قيمتها خاصة دون قيمة الولد. وإلى هذا أشار في **المستخرجة** من كون استيلاد الموكل للجارية التي بعثها الوكيل على حسب ما ذكرناه يجرى الحكم فيها على الخلاف المذكور في المستحقة من يد مشتريها، ولكن اقتصر في **المدونة** في مسألة الوكيل التي/ ذكرناها على أنه إذا قامت بينة بصحة ما قاله الوكيل فإن الموكل يغرم قيمة

الجارية. ولم يذكر غرامة قيمة ولدها. ولكن سحنون تمم المسألة في غير المدونة بأن قال: يأخذ الوكيل الجارية وقيمة ولدها. وعلى هذا أمضى الأشياخ من حمل ما في المدونة على أن قيمة الولد يؤخذ مع ارتجاع الأم. ولا يحسن عندي التصميم على أن مراده من المدوّنة إلزام الموكل قيمة الولد. ولا أجري المسألة على الخلاف في المستحقة، لكون الوكيل فرط في إعلام الموكل أن التي أنفذها له ليست هي التي اشترى للموكل. وإنما صُدق الوكيل إذا لم تفت الجارية لكون ما ذكره ممكناً. فإذا فاتت بالاستيلاد والعتق لم يحسن إبطال حق الله فيها بدعوى الوكيل ما الظاهر خلافه لتعلّق حقين بها، حق الموكل، وحق الله سبحانه.

وقد أشار في كتاب ابن حبيب إلى هذا المعنى واقتصر على التزام الموكل لقيمتها، ولا قيمة عليه في الولد لكونه أباحها للموكل، وسلطه عليها مع تجويزه أن يستولدها، فلم تكن عليه غرامة فيما سلطه عليه. وإذ لم تقم بينة على صدق الوكيل، ولكن الموكل صدقه بعد أن أعتقها أو استولدها فإنه لا يبطل حق الله سبحانه فيها باتفاق هذين الوكيل والموكل على إبطاله، يُمنع الوكيل من ارتجاعها، ويُمنع الموكل من إيقافها على مقتضى أحكام ما فعل من عتق واستيلاد، لكونه مُقرًّا بأن ردّها يجب على الوكيل، ولكن الشرع منعه منه.

وقد ذكر في الموازية فيمن وكل على شراء جارية بمائة دينار فاشتراها للموكل ثم حبسها لنفسه، واشترى جارية أخرى للموكل وأنفذها إليه، فإن الموكل بالخيار في أن يمسك التي أنفذ إليه لكون الوكيل مقراً أنه إنما اشتراها له. وتنتزع من يده الأولى التي اشتراها له الموكَّل. فيحصل له الجاريتان، الأولى لحكم الوكالة على شرائها، والثانية بحكم مَا جُعِل له من الخيار فيها، وإن شاء أمسك إحداهما، أما الأولى فله إمساكها خاصة بحكم الوكالة، وردّه لما جعل له من الخيار في الثانية. وأما إمساك الثانية خاصة دون الأولى بالإجازة لما فعله من المعاوضة، وذكر أن المأمور إذا وطىء الأولى التي أمسك لنفسه

وحملت منه، فإن للموكل انتزاعها منه وأخذ قيمة ولدها إذا وضعت، كالحكم إذا استحقت.

وأما إذا وطىء الموكل الجارية التي بعثت إليه فإنه ذكر في **العتبية** أنه بالخيار بين قبولها بحكم ما جعل إليه من الخيار في ذلك، ويكون عليه الأقل من الثمن أو القيمة. فإن كان الثمن الذي اشتراها به الوكيل لم يكن عليه أكثر منه لرضا الوكيل بذلك. وإن كانت القيمة هي الأقل كان له التمسك بها بالقيمة لأجل فوتها بالاستيلاد فيقبلها على الجملة. ويكون حكم مَا يدفع فيها من ثمن هو الأقل. قال: وإن شاء ردها. فإذا ردها لكونه له ألا يقبل هذه المعاوضة التي فعلها الوكيل. واختلف هل يرد معها قيمة الولد أم لا؟ فقيل: يرده كما يرد ذلك بالاستحقاق. وقيل: لا يرده لكون الوكيل سلطه على ذلك وأباح له وطأها مع تجويزه أن يستولدها.

هذا حكم الرد والقبول. وأما حدّ الوكيل، فإنه إذا وكل على شراء جارية معينة فأمسكها لنفسه ووطئها، وبعث للموكل بغيرها، فإنه يحد. وأما إن كانت غير معينة فظاهر **الموازية** ألا حد عليه، على حسب ما نقلناه من الرواية. وذكر في **العتبية** أنه يحد إلا أن يعذر بجهل وتأويل. ولكنه/ لم يصرح في السؤال بكون الجارية معينة. وإنما ذكر هذا فيمن وكل على شراء جارية. فظاهر الكلام يقتضى أنها غير معينة.

ولو أن الوكيل وكله رجلان أحدهما وكله على شراء جارية بمائة دينار. ووكله آخر على شراء جارية بخمسين. ففعل وغلط بأن دفع إلى كل واحد منهما جارية صاحبه فإنه إن لم يشعر بذلك حتى فاتتا بالحمل لكنه[1] ذكر في الرواية: إن زادت قيمة الجارية التي اشتراها بمائة على خمسين فإنه يغرم ذلك لمن وكله على الشراء بالمائة. وهذا عندي مبني على أن الوكيل والمودَع يضمنان بالغلط. وقد تقدم ذكر الخلاف في ذلك في غير هذا الكتاب ولذلك لو وكله على شراء

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فإنه.

جارية بمائة، فاشتراها بمائة وخمسين وأنفذها للموكل فوطئها الموكل واستولدها، فإنه لا يلزم الموكل غرامة ما زاد الوكيل لكون الوكيل قد فرط في إعلامه بذلك. ولا يلزم الواطىء غرامة ما تعدى الوكيل في زيادته، ولو ثبت بالبينة أنه زاد ذلك لأجل ما ذكرناه من تسليطه للموكل بالعوض الذي سمي له، وقال **سحنون** بأنه يرجع على الواطىء بقيمتها ما لم تزد على المائة والخمسين التي زاد، فلايزاد للوكيل على ما دفع، أو ينقص من المائة فلا ينقص منها، لكون الواطىء رضي بها. وكأنه قدر أن الوكيل لم يملكها للموكل إلاّ على أن يدفع له المائة وخمسين. فإذا لم يلزمه الوكيل ذلك رد عليه الجارية لم[1] تفت في يد الموكل، وذكر ذلك بقرب تسليمها للموكل.

وقد قدمنا أن الوكيل لو زاد زيادة يسيرة مما يلزم الموكل، فإنه إنما يصدق إذا لم يطل الأمر. (وطال زمن تركه لذكـر الزيادة ولا عذر له في ترك ذكرها)[2]

ولو كانت الوكالة على شراء ثوب بمائة درهم، فاشتراهُ الوكيل بمائة وخمسين لكان من حق الوكيل أن يطلب بمقدار ما انتفع به الموكل فيما بين الثمنين من الثمن الذي سماه والثمن الذي دفعه الوكيل. (فإن كان ما يشتري بمائة يبلى في أمد. وما اشترى بمائة وخمسين. لاحتاج بعد مضي الأجل الذي يبلى فيه ما اشترى بمائة إلى لباس ثوب آخر فإنه يطالب بهذا المقدار الذي دفع فيه ماله[3].

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

إذا زعم الوكيل على شراء سلعة أنه لم يقبض ثمنها من الموكل. وزعم الموكل أنه دفع ذلك إليه. فإنه إن لم يكن الوكيل نقد للبائع الثمن، فإن القول قوله أن الموكل لم يدفع ذلك إليه، لأن المطالبة بالثمن من حق بائع السلعة،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إذا لم..

(2) كذا في النسختين.

(3) كذا في النسختين، ولعل في الكلام نقصاً.

وهذا الوكيل واسطة بينه وبين من اشتراها. فصدق الوكيل أنه لم يقبض ثمنها من الموكل، ويحلف الوكيل أنه لم يدفع ذلك إليه. ويطالب الموكل بدفع الثمن لأن الأصل براءة الوكيل من قبض مال الموكل ديناً أو أمانة. ومن استمسك بالأصل فهو المدعى عليه.

وأما إن كان الوكيل دفع ثمن السلعة لبائعها منه، ثم طالب الموكل بالثمن، وزعم أن الثمن المدفوع من عنده سلفاً للموكِّل وزعم الموكل أن الثمن المدفوع للبائع هو دفعه إليه. فظاهر المذهب على قولين: هل يصدق الموكل أو الوكيل؟ ففي سماع **ابن القاسم** فيمن وكلته زوجته على شراء شيء، فأتى يطالبها بالثمن بعدما اشترى ما وكلته عليه، فزعمت أنها دفعت ذلك إليه، وقد قبضت منه ما وكلته على شرائه، فإن القول قول الوكيل: إنه لم ينقد الثمن للبائع. وإن كان نقده فالقول قول الزوجة.

وروى **عيسى** في رجل وكل رجلاً على شراء سلعة فاشتراها، وزعم الموكل أنه قد دفع ثمنها/ للوكيل، فإن القول قول الوكيل: إنه لم يدفع إليه.

وإنما وقع هذا الاختلاف إذا كان الوكيل قد نقد للبائع ثمن ما باعَه منه ولم يقع هذا الاختلاف إذا كان لم ينقد للبائع لأجل أنه إذا كان قد نقد البائع فقد سقط مقال البائع في المطالبة بالثمن، وانقطع بذلك علائق الوكالة، لكون الوكيل مقراً أن الذي اشتراه قد ملَّكه الموكّل، وأن البائع قد وصل إليه العوض عن ذلك. فجعلت المطالبة بينه وبين الموكل فصار مدعياً عليه أنه أسلفه سلفاً، ومن ادعى عليه أنه قد أسلف فالقول قوله.

ورأى من ذهب إلى القول الآخر أن الثمن لما أقر الموكل أنه لم يصل إلى يد البائع إلا من يد الوكيل ومن حوزه، والقول قول الحائز أن الذي خرج من يده ملكٌ له، فوجب لأجل هذا تصديقه أن لم يقبض الثمن من الموكل، كما لو لم يكن نقد الثمن للبائع فإنه يصدَّق في ذلك، لأن الأصل عدم قبضه من يد غيره ديناً وأمانة.

وقد أشار بعض الأشياخ إلى دفع الخلاف في هذا من ناحية العقد. وتأول ما قيل في اختلاف الزوجين في الثمن المدفوع على حسب ما نقلناه من سماع ابن القاسم على أن ذلك إنما قيل لعادة جرت بين الزوجين بصدق من شهدت له العادة.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

إذا وكل على بيع سلعة فباعها، وزعم أنه أوصل ثمنها للموكل، فإنه يصدق في ذلك، لأنه مؤتمن على هذا، فوجب تصديقه، كما يصدق المودَع في أنه رد الوديعة لمودِعها له[1].

وكذلك كل ما وكل عليه وجعل في يده أمانة، فإنه يصدق في رده لمن ائتمنه عليه. وذكر **أبو حامد الاسفرائيني** أن عندهم اختلافاً في تصديق الوكيل إذا قال له الموكل: إنك لم تبع ولم تقبض الثمن، إذا زعم الوكيل أنه باع وقبض الثمن وضاع. وذكر عن بعض أصحابهم أن المذهب عندهم على قول واحد في أن الوكيل لا يصدق في ذلك لقول **الشافعي**: من وكّل أن يبيع سلعة ويشتري بها شيئاً. فقال: فعلت وضاع، أنه لا يصدق.

وهذا عندي يستند إلى مسألة أخرى على أنها عندهم على قولين. وهي من وكل على بيع سلعة هل يتضمن ذلك توكيله على قبض الثمن لأجل أنه قد يراه الموكل أهلاً لعقد البيع لحذقه، ولا يراه أهلاً لقبض الثمن لضعْف أمانته؟ وهذا كما حُكِي عندهم اختلاف فيمن وكل على قبض شيء هل له أن يخاصم فيه؟ لكون القبض يتضمن ذلك أو لا يمكن الوكيل من ذلك لكونه قد يرضى الموكل أمانته ولا يرضى معرفته بالخصام؟ ولو كانت الوكالة تحصل لصدق في ردّ ما وكل عليه أيضاً؛ إذا كان أصل الدفع إليه بغير إشهاد. كما يصدق في القراض إذا أخذه بغير بينة، والأصل في هذا تصديق المودع في الوديعة إذا أخذها بغير بينة، ولأصحاب **الشافعي** في هذا وجهان: أحدهما تصديق الوكيل

---

(1) هكذا في النسختين، والأوْلى حذفها.

بجعل، والمقارض، والأجير المشترك لما ذكرناه من كون الشيء في أيديهم فيشبه ذلك الرهان والعين المستأجرة. وهم لم يختلف القول عندهم في الرهان والعين المستأجرة أن قابضها لا يصدق في الرد.

هذا حكم دعوى الوكيل أنه رد الأمانة إلى يد من ائتمنه عليها.

وأما دعواه ردها إلى غير من ائتمنه عليها، مثل أن يؤمر بأن يخرج من ذمته إلى ذمة أو من أمانة إلى أمانة أو من ذمة إلى أمانة أو من أمانة إلى ذمة. وذلك أن يقول الموكل/ لمن له عليه دين: اقضه عنه لمن له عليّ مثل ذلك. أو يقول: أودعه لي عند فلان. أو أخرجْه من ذمتك وأَبْقِهِ وديعة عندك. أو يقول له: الوديعة التي لي عندك أسلفها لفلان أو: أودعها لي عند فلان.

فإذا تصورت هذه الأقسام الأربعة، فإنه لم يختلف المذهب في الموكل إذا قال: اقض عني الديْن الذي عليّ لفلان أنه لا يصدق في أنه دفع ذلك فيمن أُمر بدفعه إليه إذا أنكر ذلك من أمر بأن يدفع إليه.

وكذلك يختلف الشافعية في هذا أيضاً.

والعلة في هذا: أن قوله: اقض عني الديْن، يتضمن هذا اللفظ أن يبرىء ساحة الموكل منه لأن قضاء الشيء على الذمة منه. والذي أُمِر الوكيل بالدفع إليه إذا أنكر أن يكون قبض من الوكيل شيئاً بقي حقه على الموكّل على حسب ما كان، فقد ضيّع الوكيل أو لم يبرىء ساحة الموكل والظاهر أن هذا الاتفاق إنما جعل إذا قال الموكل: اقض عني هذا الدين. لكون لفظة القضاء يتضمن عندهم الذي بيّنّاه.

ما سوى هذا الوجه الواحد من بقية الأقسام التي ذكرناها، المذهب فيها على قولين: هل يصدق الوكيل في امتثال ما أمر به أم لا؟ لكن المشهور في المذهب أن على الوكيل الإشهاد، إذا أُمِر بالدفع إلى غير من دفع إليه. لكن أمره بأن يخرج من ذمته إلى أمانته فيه قولان مشهوران: فذكر في المدونة فيمن عليه طعام من سلم فقال له مستحق ذلك عليه: كِلْه في غرائرك. فقال: كِلْتُه وقد ضاع بعد كيلي له، أنه لا يصدق.

وقال في كتاب الوكالات، فيمن أُمر أن يشتري لؤلؤاً بثمن يدفعه من عنده سلفاً للموكّل. فقال: قد فعلت وضاع اللؤلؤ. أنه يقبل قوله في ذلك. ومن الأشياخ من يشير إلى أن هذا اختلاف قول فيمن أُمِر أن يخرج من ذمته إلى أمانته. ومنهم من يفرق بين السؤالين بأن مسألة كتاب السلم عمارة الذمة سبقت للائتمان، وأسند حكم الائتمان وانسحب حكم عماره الذمة عليه، ومسألة كتاب الوكالات حكم الأمانة سبق لأنه إذا اشترى بحكم الأمانة صار البائع مطالباً بالثمن فدفعه[1] عمرتْ ذمة الموكل فغلب في هذا حكم الأمانة.

ومنهم من يشير إلى هذا المعنى بعبارة أخرى، فيقول: مسألة كتاب السلم تتضمن إخلاء ذمة. ومسألة كتاب الوكالات تتضمن عمارة ذمة.

ومنهم من يقول: إنما ادّعى الوكيل ضياع اللؤلؤ، وهو في يده أمانة، بعد تقرير ما في الذمة. ولو ادعى أنه أخرج الثمن من أمانته ليشتري به لؤلؤاً فضاع، كما لو قال في مسألة السلم: أخرجه من ذمتك وبعه. وهو مما يجوز بيعه. فقال: فعلت. وضاع ثمن ما بعت فإنه يصدق..

وهذه الطرق غير واضحة. والتحقيق أن المذهب على قولين في هذه المسألة على حسب ما قدمناه. وقد جعل من ذهب إلى أن الوكيل لا يصدق بالدفع إلى من أمر بالدفع إليه، أمرَ الله سبحانه الوصي بالاشهاد على اليتيم بدفع ماله إليه، أصلاً في هذه المسائل. واعتل بأن الوصي إنما أمر بالإشهاد لكونه غير مصدق في الدفع إلى اليتيم لما كان اليتيم ليس هو الذي دفع المال إليه. فصار هذا أصلاً في كل من دفع للأمانة إلى غير اليد التي دفعتها إليه.

ومن أصحاب **الشافعي** من ذهب إلى أن الوصي مصدق في الدفع وإن لم يشهد، كما يصدق في الانفاق على اليتيم. ويقدر أن الأمر بالإشهاد على جهة

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فبدفعه.

الاحتياط وحذراً من المخالفة والنزاع وحسماً لمادة/ الخصام. كما قال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[1]. ومحمل هذا عند فقهاء الأمصار على النَّدْب والاستحباب. ونحن إنما صدقنا الوصي في الإنفاق إذا كان اليتيم في كفالته فإنه هو المنفق عليه، ولا ظاهر[2] ولا مشقة في الإشهاد على دفع مال اليتيم. وكنا حكينا عن الموازية فيمن في يده شيء على جهة الأمانة بإشهادٍ، أنه يصدق في دعوى الرد، لقدرته على دعوى الضياع فيصدق، والوصي مصدق في دعوى الضياع. فطرد ما ذكرناه من التعليل يقتضيه تصديقه في الدفع لليتيم. ولكن هذا لم يتعرض إليه أحد من أصحابنا. وهكذا الحكم عند أصحاب الشافعية أن المذهب عندهم على قولين: فيمن أُمِر بالدفع إلى غيره ولم يقل له: اقض عني الدين. واعتلّوا لأحد القولين عندهم في تصديق الوكيل: أنه قادر على أن يدعي الضياع فيصدق في ذلك، ولا يكذب في دعواه الدفع. وهذا في الأمانات التي في يده. وأما ما هو دين عليه من غير بينة فإنه يقدر أيضاً على جحوده فيكون القول قوله، فلا يكذب في دعواه (وجه آخر)[3]. وطردوا على التعليل في المطالبة بالإشهاد على رد المال إلى مستحقه، فقالوا: إذا كان دين بالإشهاد فمن حق من هو عليه ألاّ يدفعه إلا بأن يشهد مستحق الدين على نفسه بأنه قد صار ذلك إليه. إذ لا طريق لمن الدين عليه بالتخلّص منه إلا بالإشهاد. فلو كان الدين بغير إشهاد لم يلزم مستحقه أن يشهد على نفسه عند قبضه لكون من هو عليه يمكنه أن يبرأ منه بجحوده من الأصل فيصدَّق مع يمينه ولم يعتبروا كون اليمين يشق عليه، فيكون من حقه لأجل ذلك الإشهاد.

وهذه الطريقة التي سلكوها تنظر عندنا إلى ما وقع في الموازية في تصديق من ادعى رد شيء استأجره بحضرة بينة أنه مصدق في الردّ لكونه قادراً على أن

(1) سورة البقرة، الآية: 282.

(2) هكذا في النسختين.

(3) هكذا في النسختين.

يدعي الضياع فيبرأ، فصدق ها هنا في وجه الحكم (ألا يصدق فيه)[1] لما كان قادراً على أن يدعي وجهاً آخر يصدق فيه وهو ضياع ما استأجره.

فإذا أحطت علماً بحكم دعوى الرد لغير من دفع إليه أو لمن دفع إليه فإنه قد يقع في النفس إشكال: فيمن التقط لقطة فزعم أنه ردها لمستحقها، وأنكر مستحقها أن يكون قبضها منه. أو هبت الريح بثوب ألقته في دار إنسان فزعم أنه أعاده إلى مستحقه. لأن هذا لم يدع أنه رد ذلك لمن دفعه إليه، ولا يدعي أنه رده أيضاً للشخص الذي دفعه إليه. فذهب **أبو حامد الإسفرائيني** إلى أنه لا يصدق، لأن مستحق هذا لم يدفعه إليه فيصدق في الردّ عليه. وهذا الذي قاله لا يسلم له، أما عند من اعتبر قدرة الإنسان على التخلص بدعوى الضياع فلا خفاء، بأن هذا مصدق، لكونه مصدقاً في ضياع اللقطة وما ألقته الرياح عنده. وأما من لا يعتبر هذا فإنه لم تدفع ذلك إليه يدٌ فيلزمه أن يرد إليها، لأن على اليد ما أخذت حتى تؤديه. مع كونه محكماً في الشرع في هذه المسألة بأن يسمع الصفة والوكاء، والوعاء. فإذا تبين له صدق المدعي دفع ذلك إليه. بخلاف ما سواه من الحقوق التي لم يحكمه الشرع فيها.

وها هنا قسم ثالث: وهو أن يأمر رجل رجلاً بأن يأتيه بمال له عند رجل، فيزعم الرسول أنه قد أتى به للمرسِل، ويكذبه المرسل. فهذا فيه قولان:

أكثر أهل المذهب على أن الرسول مصدّق في إبراء نفسه، ولكن الدافع إليه لا يصدق لكونه دفع هذا المال / لغير من دفعه إليه، فعليه الإشهاد على ما حكيناه من المذهب المشهور.

وذهب **مطرف** أنه لا يصدق إذا ناكره المرسل بعد أيام يسيرة، ويصدق بعد الشهر ونحوه مع يمينه. وبعد الزمن الطويل يصدق بغير يمين لكونه عنده مع الطول لا يمكن في العادة أن يؤخر المرسل ما عنده.

ولو مات الرسول بحدثان الاقتضاء لطُلبت تركته. وبعد مدة هو فيها

---

(1) هكذا في النسختين.

مصدق لو كان حياً، لم تطالب تركته.

وهذا الخلاف الذي وقع ها هنا لأجل أن الرسول لما كان قبضه لهذا نيابة عن المرسل صار كأن المرسل هو الذي دفعه إليه فادعى بعد ذلك رده إليه، فيجب أن يصدق فيه في القول الآخر أنه دفع المال إلى غير اليد التي دفعت للقابض للمال وصياً أو وكيلاً مفوضاً إليه، برىء الدافع بتصديقه له.

وإن كان وكيلاً مخصوصاً فإن الدافع للمال لا يبرأ بتصديقه على ما ذكره في **الموازية** واعتل ابن **المواز**: بأن الرسول الدافع يلزمه اليمين ولا تنفعه شهادته، للدافع إذ لو قبلت شهادته لم يحلف. وهكذا أشار في المدونة إلى أنه لا يبرأ الدافع بتصديق الرسول. وبعض الأشياخ يشير إلى أن في هذا قولين مشهورين.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

إذا وكل رجل رجلاً على شراء سلعة فاشتراها له وضاع الثمن في يد الوكِيل. فهل على الموكل أن يحلفه أم لا؟

فيه ثلاثة أقوال: ذكر في المدونة: أنه إن سلّم الثمن إليه يعقد[1] الشراء عليه، فإن الموكل لا يلزمه غرمه ثانية إذا ضاع، ويلزم ذلك الوكيل، وتبقى السلعة له، إلا أن يختار الموكّل أخذها وغرامة ثمنها فيمكن من ذلك. وإن كان الموكل لم يدفع الثمن للوكيل إلا بعد أن عقد الوكيل الشراء فضاع الثمن في يد الوكيل فإن على الموكل غرامته ثانية. ولو ضاع ثانية لغرمه ثالثة حتى يصل إلى البائع.

ولو ضاعت السلعة في يد الوكيل مع ضياع الثمن لكان الحكم ما ذكرناه.

وذكر في كتاب القراض عن بعض المدنيين أن الموكل لا يلزمه الغرم في الوجهين جميعاً.

وذهب **المغيرة** إلى أن الموكِّل يلزمه الغرم في الوجهين جميعاً.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قبل أن يعقد.

فأما **المغيرة** فإنه قدر أن الثمن وإن سلمه الموكل للوكيل قبل عقد الشراء فإن ذلك لا يعيِّنه، ولا يخرج العقد ذلك عن كون الثمن في ذمة الموكل. لا سيما إذا قلنا بأن الدنانير والدراهم لا تتعين، وكان الثمن دنانير أو دراهم. وقدر بعض المدنيين أنه وإن كان لم يدفع الموكل الثمن للوكيل إلا بعد عقد الشراء فإنه يتعين بالدفع بعد العقد، ويصير كما لو عقد البائع عليه، وكأن الموكل إنما وكله على أن يدفع إليه الثمن مرة واحدة.

وأما التفرقة بين أن يكون دفع الثمن قبل العقد أو بعده، فإنه إذا دفع ذلك قبل العقد قصر الوكيل على الثمن المدفوع، وكأنه شرط ألاّ يعقد على ذمته بل على عين ما دفعه إليه. وإذا لم يدفع ذلك إليه فكأنه أمره بالعقد على ذمته فلا تزال ذمة الموكل مطلوبة حتى يصير إلى بائع السلعة.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

إذا اشترى رجل عبداً بمال دفعه إليه، فإنه إذا عقد الشراء على أن يكون العبد ملكاً له، لزمه العقد ودفع الثمن من مال نفسه. فإذا دفعه من مال لا يستحقه بل يستحقه سيد العبد الذي باعه فإنه/ يبقى للبائع ما دفعه إليه من مال عبده، ويطالبه بأداء الثمن من مال نفسه، كما لو غصب دنانير دفعها في ثمن هذا العبد فأخذت من يد البائع بالاستحقاق، فإن المشتري يطالب بخلفها.

وإن كان الثمن عرضاً انفسخ العقد لأن من اشترى عبداً بدنانير أو دراهم فاستحقت الدنانير أو الدراهم من يد من دفعها المشتري إليه كان على المشتري خلفها. ولو اشترى العبد بعرْض فاستحق العرْض من يد البائع كان له ارتجاع عبده. فإذا كان المشتري إنما دفع مال العبد عرضاً فهو ملك لسيد العبد، وكأنّ سيد العبد استحقه وإنما باع العبد به، فإذا استحق رجع في عبده.

وهذا التعليل، الذي ذكرناه، لأجلهِ فرق بين أن يكون المشتري استثنى مال العبد لما اشتراه أو لم يستثنه. فإنه إذا لم يستثنه كان المال المدفوع للبائع مما يستحقه البائع. فإذا اشترطه المشتري لم يستحقه البائع وصار أيضاً المشتري

كأنه هو الذي استحقه وملكه لما استثناه وقدر على ملكه بالانتزاع، فلم يدفع في ثمن العبد إلا ما قد استحقه وهو في حكم ملكه. ولم يقدروا كون هذا العبد وهب هذا المال لمشتريه قبل عقد البيع فيكون لسيده رد هبته، فيبقى هذا الحكم واجباً للسيد بعد البيع لأنه إنما له رد الهبة بشرط بقاء الملك، وإذا سقط ملكه عن العبد وعن ماله سقطت الحقوق التابعة للملك من رد ما وجب له رده لو بقي على الملك.

وهذا إذا كان إنما اشترى العبد ليملكه وأما إن اشترى العبد ليملك نفسه واستثنى المشتري ماله، فإن العبد يكون حراً، إذ يستحيل أن يملك العبد نفسه. ولا مقال للسيد لكون المال لما استثني سقط مقال البائع فيه كما قدمناه. فأما إن كان المشتري لم يستثنه فإنه قد بقي حق البائع فيه. وكأن المشتري اشتراه بمال ودلس على البائع فدفع له ما هو مال له. فكان الواجب أن يغرم المشتري الثمن الذي دفعه إلى البائع، وهو ما لا ملك له عليه وإنما هو من أملاك البائع. لكن في الموازية أنه يبقى رقيقاً لسيده الذي باعه. وكان مقتضى الأصل الذي قدمناه أن يغرم المشتري ثمنه ثانية، كما بيناه إذا اشتراه ليملكه، لأن من اشترى شيئاً فعليه ثمنه، ولو اشتراه شراء وكالة. لكن هذا إذا اشترى العبد ليملك العبد نفسه كنا إذا غرمناه الثمن لم يجد مرجعاً، ولا يأخذ عنه عوضاً، لكون العبد قد عتق بهذا الشراء، وولاؤه لسيده لما كان عتقه بمال هو كملك لسيده. فلهذا ذكر ابن المواز أنه يبقى رقيقاً ولا يغرم مشتريه الثمن ثانية، لكونه لو غرمه لم يأخذ عنه عوضاً.

وقد كنا قدمنا في هذا الكتاب الإشارة إلى هذا التعليل في اختلاف الوكيل والموكل فيما وكل الوكيل على شرائه. ولو كان الثمن على هذا عرضاً لبطل العقد لما قدمناه من كون استحقاق العرض يوجب انفساخ العقد ويرجع العبد ملكاً لسيده. ولا يمنع من رجوعه ملكاً كون العقد وقع على أن يملك العبد نفسه فيعتق، والعتق فوت في الاستحقاق، لأن مشتريه لم يبتد عتقه، وإنما أعتقه الشرع لاستحالة ملك الإنسان نفسه، مع كون مشتريه ها هنا لا يطالب

بغرامة الثمن لأجل ما قلناه. بخلاف أن يشتري العبد ليملكه فإنه يطالب بالثمن ثانية لكونه أخذ عنه عوضاً وهو العبد. ولو اختلف ها هنا الموكل، وهو/ العبد، ووكيله، وهو مشتريه، هل وقع العقد على أن يملك العبد نفسه، أو يكون ملكاً لمشتريه؟ فإن القول قول المشتري ها هنا، لأن الحوز واليد وتولّي الشراء دليل على الملك، فصار العبد مدعياً خلاف ما يقتضيه الظاهر. ولا مطالبة للعبد باستحلاف مشتريه على هذه الدعوى، لأن قول العبد: إنما اشتريتني لنفسي معناه أني حر، ودعوى العبد العتق لا يوجب يميناً.

وأما تعلق اليمين على المشتري لحق السيد فإنه إن كان المشتري قد استثنى ماله فلا مطالبة للبائع على المشتري بيمين، إذ لا حق له في المطالبة بغرامة ثمن فيرجع العبد لأجله. وإن كان لم يستثن المشتري فمن حق البائع أن يستحلف المشتري، لأنه يقول: إذا كان الشراء ليس لك، ولكن ليملك العبد نفسه، بطل العقد وبقي العبد على ملكي، كما قدمناه عن **الموازية**. والمشتري يقول: بأن العبد يبقى على ملكي، وإنما عليّ غرم الثمن ثانية. فهذا التفصيل في تعلق اليمين في ما بين البائع والمشتري لأجل ما ذكرناه من التعليل.

وأما في حق العبد فإنه قد ذهب بعض الأشياخ إلى أنه لا تتعلق بدعواه يمين، كما تتعلق بدعوى العبد. وهذا مما قد يختلف فيه لأجل أن سقوط اليمين في دعوى العتق لأجل ما تحته من تكرره، فلحق السادات بهذا مضرة. كما تسقط اليمين في دعوى الطلاق لما يخشى من تكرره. وهذا مما لا يتكرر مع كونه ليس بدعوى صريحة بالعتق وإنما هو تنازع في مال أدت الدعوى فيه إلى العتق، ومراعاة المال مما يقع فيه الاضطراب.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

إذا باع السلعة مالكُها، وباعها من وكّله على بيعها، عُلِم أوّلُهما بيعاً فإن العقد السابق هو النافذ الماضي. والعقد الثاني مردود. وقع ذلك من الموكّل

صاحب السلعة وكيله[1].

وإنما كان الحكم تقْدمة الأول لكونه وقع من وجه صحيح لازم لا رجوع لأحد المتعاقدين.

لأنه إن كان الذي عقد أوَّلاً مالكَ السلعة فقد باع ملكه، وبيعه لملكه عزل لوكيله الذي وكله على بيع هذه السلعة، إذ لا يصح أن يملك كل واحد من المشتريين جميعاً معاً بعقد واحد. فلما استحال ذلك صار عقد مالكها عزلاً لوكيله عن بيعها.

وكذلك لو كان الذي عقد أولاً هو الوكيل لنفذ ذلك أيضاً، لأنه عقد بوكالة صحيحة فوجب نفاذه كعقد مالكها.

وكونه ليس له عزل وكيله عن البيع بعد أن عقد الوكيل البيع. وسواء ها هنا علم العاقد، الذي هو الوكيل أو المالك، أنَّ عقداً سبق فيها أو لم يعلم، لأنه ترجح العقد الأول بالسبق لصحة الملك كما ذكرناه.

وهذا إذا لم يقبض السلعة أحد المشتريين، فإن قبضها أحدهما وكان هو الأول فلا خفاء بأنه أحق بها لترجح جانبه بأمرين: أحدهما السبق للعقد، والقبض للسلعة المبيعة. وإن كان القابض هو المشتري الثاني، وثبت أنه عالم بأنه قد سبق في هذه السلعة عقد نافذ، أو علم العاقد منه الذي هو البائع ذلك، فإن قبضه لا يؤثر، والسلعة لمن عقد عليها أوَّلاً، كان العاقد منه مالكها أو وكيله. لأنه إذا كان عالماً بأن عقداً قد تقدم فيها يجب إنفاذه، صار متعدياً في عقده عليها، فوجب رده.

وإن كان الذي عقد من المشتريَ الثاني لم[2] يعلم بسبق عقد فيها، وقد قبضها الثاني فها هنا قولان: هل يكون العاقد الأول أوْلى، لما قدمناه من ترجيح/ جانبه بالسبق؟ وإلى هذا ذهب المغيرة ومحمد بن عبد الحكم. أو

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أو وكيله.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: (عقد المشتري... ولم).

يكون الثاني أولى لترجيح جانبه بالقبض، وكون هذه السلعة لو هلكت في يديه وقد قبضها بعقد معاوضة لكان ضمانها منه. والضمان شبهة وترجيح يوجب أن يقويه بذلك. وهذا هو المشهور من المذهب والمنصوص في **المدونة**.

وعلى هذا يجري الأمر في امرأة عقد عليها ولياها، وقد وكلت كل واحد منهما على العقد، فإن الأول أولي بها إذا لم يدخل بها أحدهما لترجيح الأول بالسبق، إلا أن يدخل بها الثاني، وهو غير عالم بأنه قد تقدم فيها عقد. ولو ثبت أن الذي عقد منه من الوليين علم بأنه قد تقدم فيها عقد، فإن المسألة فيها قولان أيضاً: المشهور من المذهب أن الزوج الثاني الذي دخل بها أولى لحرمة الفروج والاطلاع عليها. وذهب محمد بن عبد الحكم إلى أنّ الأول أولى، وإن دخل بها الثاني، لكون الأول قد ملك عصمتها بوجه صحيح. وقد حرم الباري تعالى ذوات الأزواج بقوله: ﴿۞ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[1]، وإذا كانت قد حرم العقد عليها فلا يؤثر ذلك علم العاقد أو جهله في وجوب فسخ عقده، كما لا يؤثر العقد على الرضيعة مع الزوج، علم الزوج بذلك أو جهله، في وجوب فسخ عقده. وقد ذكرنا عن المغيرة أنه ذهب إلى أن المشتري الأول أحق، وإن قبض المشتري الثاني السلعة، لكنه ها هنا وافق الأكثر من أصحابنا على أن الزوج الثاني أحق إذا دخل بها، لعظم حرمة الاطلاع على الفروج وانتشار الحرمة في النكاحات. فصار في مجموع المسألتين ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الثاني أولى إذا قبض السلعة أو دخل بالزوجة. وهذا هو المشهور من المذهب.

والثاني: أن الأول أولى وإن دخل الثاني وقبض السلعة. وإليه ذهب **محمد بن عبد الحكم**.

والقول الثالث: التفرقة بين النكاح والبيع فيكون الزوج الثاني أولى بالزوجة إذا دخل بها. ولا يكون المشتري الثاني أحق بالسلعة وإن قبضها وإليه

---

(1) سورة النساء، الآية: 24.

ذهب **المغيرة**. وقد ذكرنا سبب هذا الاختلاف كله وإسناده إلى افتراق طرق الترجيح بالسبق أو بالقبض وشبهة الضمان.

لكن مقتضى ما نبهنا عليه من التعليل يقتضي أن من وكل على كراء داره، فعقد الوكيل كراءها وعقده مالكها، وقد عُلم الأول من العقدين، ولكن الذي عقد متأخراً سكن الدار فإنه لا يكون أحق بها لأجل هذا القبض، لكون ما يأتي من المنافع التي يطلب المكتري الأول أخذها لم تخلق ولم تقبض، فعادت المسألة إلى كون الأول أولى إذ لم يقبض الثاني. وأيضاً فإن ضمان المنافع من رب الدار. فما ذكرناه في السلعة المقبوضة من كون الضمان من قابضها مرتفع ها هنا. لكن نزل هذا السؤال وأنا حاضر مجلس الشيخ **أبي الحسن المعروف باللخمي**، رحمه الله، فأفتى بكون الساكن أولى وإن تأخر عقده. ورأى سكناه شبهة على ما يقتضيه المشهور من المذهب عنده. وذكر أن بعض أصحابه خالفه في هذا لأجل ما ذكرناه من فقدان الضمان للمنافع بخلاف الأعيان التي تضمن بالقبض مع كون القبض لما سيخلق من المنافع غير حاصل الآن.

وذكر أن الشيخ **أبا القاسم السيوري**، رحمه الله، ورد جوابه بموافقة ما ذهب إليه طرداً لأصل المذهب. ورأى أن سكنى الساكن حيازة وقبض يوجب ترجيح جانبه كما يترجح جانبه بقبض الأعيان.

وهذه المسألة/ في النكاح والبيع قد تسند إلى ما اختلف فيه أهل أصول الفقه من ورود النسخ في الأحكام من الله، سبحانه، هل يتحقق حكمه عند نزوله وإن لم يبلغ المكلف. اقتضى هذا أن تصرف الوكيل وعقوده بعد أن عزل لا تنفذ، وإن لم يعلم بالعزلة، فكذلك يجب ها هنا إذا عقد رب السلعة بيعها، ثم عقد وكيله بيعها من رجل آخر ولم يعلم ما صنعه ربها، فإن عقده مردود، ولو قبض السلعة من عقد منه الوكيل، لكون عقده كلا عقد. فهو قد عزل بعقد ربها عليها وإن لم يعلم الوكيل.

وإن قلنا: إن حكم النسخ لا يتحقق إلا إذا بلغ المكلفَ، فها هنا عقد ربها

عليها لا يوجب عزل الوكيل عن العقد فصار عقده واقعاً، والحكم إنفاذه. فتعود المسألة إلى ما ذكرناه من طلب الترجيح بين المشتري الأول والمشتري الثاني وهذا إذا تقدم عقد رب السلعة.

ولكن التعليل العام لجميع هذه المسائل ما قدمناه من اجتماع الترجيح في جانب واحد، أو افتراقه في الجانبين جميعاً وهما المشتري الأول والمشتري الثاني. فالأول الترجيح بالسبق، والثاني الترجيح بالقبض.

هذا كله إذا علم الأول من المشتريين أو الزوجين. فأما إن لم يعلم السابق منهما في النكاح أو البيع فليس أحدهما بأن يكون أولى من الآخر. فإذا ثبت عدم الترجيح بينهما وأنهما سيان، يجب أن لا يقدم أحدهما على الآخر، كان الحكم قسمة المتنازع فيه بينهما، كمالٍ يتنازع فيه رجلان، ليس هو في يد واحد منهما ولا في يد مالك يدعيه لنفسه، فإن الحكم أن يقسم بينهما. فهكذا يجب ها هنا.

لكن الفرج تستحيل قسمته بين هذين الزوجين فوجب فسخ عقدهما جميعاً.

وأما السلعة فإن قسمتها إذا كانت مما تنقسم يمكن عقلاً وشرعاً، فوجب أن تقسم بين هذين المشتريين، ويكون ذلك كاستحقاق نصف الصفقة. وقد تقدم بيانه في موضعه. وإن كانت لا تقسم كان لكل واحد منهما أن يفسخ العقد عن نفسه بحكم ما طرأ من عيب الشركة. وإن تصور في الظاهر أن هذا العيب كعيب حادث بعد العقد في حق من سبق العقد منه، فإنه يقدر كعيب قديم[1] سبق العقدَ لما كان سبب هذا من مالك السلعة إذ باعها وقد وكل على بيعها.

فإن ردا جميعاً السلعة لأجل ما تحقق فيها من عيب الشركة، وصارت إلى البائع، وكل واحد منهما يزعم أنه هو الأول، فأراد البائع أن يلزم أحدهما جميع السلعة لاعترافه أنه هو الذي يستحقها بحكم العقد السابق، فإن هذا عندي مما

(1) في النسختين: عديم.

للنظر فيه مجال، لأجل أنه كعيب ذهب من السلعة فلم يكن لمشتريها مقال فيه بعد ارتفاعه وذهابه. أو يقدر أنه كعيب ذهب بعد أن حكم بوجوب الرد به. فذهابه لا يمنع من إمضاء حكم ما وقع من الرد. لكن هذا على مقتضى قول من زعم أنه هو الأول، وليس بعيب محقق في ذات السلعة، لاعتقاده أن من نازعه فيها وزعم أنه اشتراها قبله ظالم. فإذا ذهب حكم هذا الظلم بقي العقد لازماً على حسب ما كان. وقد تكلمنا في كتاب الرد بالعيب على أحكام ذهاب العيوب قبل القيام بها مما يعلم منه وجه الحكم ها هنا.

وكذلك لو رد أحدهما بعيب الشركة ولم يرد الآخر، ولكنه يزعم أنه هو الأول والبائع يصدقه في ذلك فإنه لا خفاء بأنه يمكن من السلعة لاعتراف البائع أنه/ يستحقها وأن المشتري الآخر ظالم له في دعواه. لكن لو كان البائع يزعم أن هذا الذي تمسك بنصفها هو المشتري الآخر، وأن الذي رد عليه النصف هو المشتري الأول ومستحقه، فإن هذا يلاحظ ما كنا قدمناه في كتاب بيع الخيار: في مشتر اشترى سلعة بالخيار ومات وورثه ولدان أمضى أحدهما الشراء ورده الآخر. وقد ذُكِر هناك الاستحسان لتمكين من اختار إمضاء الشراء من نصيب أخيه الذي رده على البائع لما كان البائع خرجت عن ملكه، وله مقال في تبعيضها عليه، فإذا زال التبعيض وحصل له جملة الثمن سقط مقاله في التبعيض.

وأما لو صدق البائع أحدهما في أنه هو الأول، فإنه قد اختلف في الزوجة إذا عقد عليها ولياها من رجلين، وقد وكلتْ كل واحد منهما على العقد، ولم يعلم من عقد منهما أوّلاً، لكن الزوجة اعترفت بأن أحدهما هو الأول. هل يترجح جانبه بذلك أم لا؟ فإن قلنا: لا يؤثر تصديقها لأحدهما في كونه هو الأول مع كون النكاح يجب فسخه فيهما جميعاً، فكذلك ها هنا لا يصدق البائع المالك لسلعة في أن أحدهما هو الأول. وإن قلنا: تصدق الزوجة في النكاح، فإنه قد لا يلزم على هذا أن يصدق في البيع لكون كل واحد من المشتريين قد تعلق له حق بنصف هذه السلعة لوجوب قسمتها بينهما. فلا يُبطل حقه دعوى

البائع أنه هو الأول. وسنتكلم على هذا من تصديق مالك السلعة أو الزوجة في كتاب النكاح إن شاء الله.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال:

إذا وكل رجل رجلاً على أن يرهن له سلعة دفعها إليه، واختلف الموكل ومن هي في يديه رهناً في مقدار ما رهنت فيه. فإن ذلك يجري على أحكام الرهان في تصديق من هيَ في يديه في مقدار قيمتها، ولا يمكن مالكها من أخذها إلا بعد دفع قيمتها على ما سنبين في كتاب الرهن، إن شاء الله تعالى.

ثم لا يخلو الوكيل الواسطة بينهما من أن يكون صدّق من وكله، أو صدق من ارتهنه، أو خالفهما.

فإن كانت قيمة السلعة عشرة، وزعم من هي في يديه أن الرسول ارتهنه إياها في عشرة، وقال الموكل: لم آمر الرسول إلا بخمسة. فإن المرتهن إذا حلف أنها رهن في عشرة لم يمكن الموكِّل منها إلا بأن يدفع عشرة. وكذلك لو كانت قيمتها أكثر من عشرة ولم يدع من هي في يديه إلا أنها رهن في عشرة فليس على الموكل إلا عشرة التي ادعاها المرتهن. وإن كانت قيمتها أقل من عشرة وهي الخمسة التي ادعاها الموكل صدِّق الموكل في ذلك ودفع خمسة وأخذ الرهن. فإذا عُلم الحكم بين مالك السلعة وبين من هي في يديه رهن عُدْنا إلى الواسطة. فإن صدق المرتهن في أنها رهن في عشرة وكانت قيمتها كذلك، ودفع الموكل عشرة فإنه يستحلف الرسول على أنه أوصل إليه العشرة لتوجه غرامة خمسة عليه زائدة عما أقر به، وهو منكر أن يكون الرسول أوصل إليه أكثر من الخمسة التي أقر بها. لكن لما لم يمكِّنْ من أخذ السلعة إلا بزيادة على ما أقر به توجهت اليمين على الرسول لكونه يزعم أنه أغرمه ما لم يأمره به. وكون الرسول يدعي أنه أوصل، جميع العشرة إليه وهو ينكر وصول جميعها إليه، والمرتهن يقول: إني دفعت جميع/ هذه العشرة إلى الرسول. فتأكد بهذا

استحلاف الرسول. وكان الرسول مصدَّقاً في ذلك مع يمينه، لكون الموكل ائتمنه على ذلك. ولكنه يحلف لإنكار المؤتمن له أنه وفى أمانته.

وكذلك لو صدق الرسول الموكل في أنه لم يأمره إلا بخمسة، وزعم أنه لم يرهنها إلا في خمسة، فإن ذلك لا يوجب أخذها من يد من هي في يديه بأقل من قيمتها، كما لا يصدق مالكها إذا تولى رهنها بنفسه في أنها رهن في دون قيمتها. وحكم يمين الواسطة على ما ذكرناه. وتصديق من هي في يديه، وهي في مقدار قيمتها، إنما ذلك مع يمينه، لأن قيمتها كشاهد بصدقه، ومن أقام شاهداً واحداً فلا بد من يمينه. فإن نكل من هي في يديه عن اليمين حلف الموكل وأخذها، إذا دفع الخمسة التي أقر بها. ثم ينظر في الرسول فإن صدق من هي في يديه أنها في عشرة فإنه يختلف في القضاء عليه للمرتهن بالخمسة التي اعترف أنه قبضها منه وجحده الموكل أن يكون أوصلها إليه، وحلف أنه لم يأمره إلا بخمسة ولم يوصّل إليه إلا الخمسة.

كما اختلف فيمن أتى إلى من عنده وديعة لرجل، فزعم أنه أنفذه ليقبضها له فصدقه المودع ودفعها إليه، ثم أتى المودع لها فأنكر أن يكون بعث لقبضها أحداً، فغرمها المودع، ثم أراد أن يطلب بها من قبضها منه، فقد قيل: لا مطالبة له عليه لكونه قد صدقه في كونه رسولاً لمالكها ولولا ذلك لم يدفعها إليه. وقيل: بل يطالبه بما قبضه منه وكان سبباً في غرامته، لأنه يعتذر بأنه إنما صدقه في ظاهر الأمر لا في باطنه. وإنما صدقه بشرط أن يصدقه مالك الوديعة. فكذلك ها هنا إذا كان المرتهن قد قبل قول الرسول: أن الموكل أمره أن يرهنها في عشرة، وقيمتها خمسة، فحلف للموكل ودفع خمسة وأخذها. فإن الرسول مقرأنه قبض ممن هي في يديه عشرة وأنه أوصلها إلى الموكل. فالخمسة الزائدة على ما أقر به الموكل إنما قبضها الوكيل ممن الرهن في يديه ليوصّلها إلى الموكل. وكأن من بيده الرهن مصدق له أيضاً في أنه لم يكذب على من أنفذه فيجري فيه الخلاف المذكور.

وإن كان الرسول إنما صدق الموكل في أن الرهن في خمسة، فإنه لا يمين لمن في يده الرهن على هذا الرسول، لكون الرسول له أن يرد اليمين الواجبة عليه لمن في يده الرهن. والذي في يده الرهن قد نكل عنه للموكل، فيكون ذلك نكولاً أيضاً في حق الوكيل.

ولو اختلف الثلاثة، فقال من هي في يديه: هي رهن في عشرين. وقال الرسول بل في خمسة عشر. وقال المالك: بل في خمسة. وقيمة السلعة عشرة. فإن مَن هي في يديه يحلف أنها في عشرين، ثم لا يصدق إلاّ في عشرة التي هي قيمة الرهن. وإنما يحلف على العشرين إذا شاء مخافة نكول يوجب تصديقه مع يمينه في العشرين. ثم لا يمكّن الموكل من أخذها إلا بدفع قيمتها التي هي عشرة، ثم يغرم الوكيل خمسة لاعترافه لمن في يديه الرهن أنه قبضها منه، والموكل يزعم أنه لم يوصلها إليه. هذا هو المنصوص في هذه المسألة. ويتخرج في غرامته لهذه الخمسة من الخلاف ما أشرنا إليه.

وإذا كانت قيمة الرهن عشرة، وقال الموكل: هو في خمسة وصدقه الوكيل، ولم يمكن الموكل من أخذها إلا بعد أن يدفع العشرة التي هي قيمتها، فإنه لا مطالبة له على الوكيل، لكونه فرط إذ لم يشهد حتى أوجب على عليه غرامة الخمسة الزائدة على ما/ يطابق عليه الوكيل والموكل.

بخلاف ما تقدم في هذا الكتاب من أن الوكيل إذا أُمِر بأن يبيع سلعة فباعها ودفعها للمشتري فجحد المشتري، إنه ضامن، لكون الوكيل فرط في الدفع بغير إشهاد، لكون هذا، ها هنا، ينسب التفريط فيه أيضاً للموكل، إذ تسلف خمسة وأرهنه فيها ما قيمته عشرة، وهو يعلم أنه شاهد عليه، فصار هو الممكنَ من تصديق من في يديه الرهن وجحوده، فأشبه الوكيل إذا فرط بحضرة الموكل، فإنه لا مطالبة عليه، لكون الموكل لما حضر كالراضي بتفريطه، مع كون ما أسلم إليه من الرهن ليدفعه لغيره قد أقر له من أمر الوكيل أن يدفعه إليه. هذا حكم الاختلاف في الرهن إذا دفعه الواسطة رهناً على الموكل.

وأما لو كان مالكٌ أعارها لرجل ليس في سلف يتسلفه لنفسه، فإن القول

قول المعير في مقدار ما أذن المستعيرَ أن ير هنا[1] فيه لأن المستعير كموهوب له والمعير كواهب. والقول قول الإنسان فيما وهب من ماله.

ولو كانت قيمة الرهن ها هنا عشرة، والمعير يقول: ما أعرتها إلا على أن يرهنها في خمسة. فحلف المعير وأخذها إذا قبض من هي في يديه خمسة، ثم لا يكون قيمتها حجة على المستعير في أنها رهن في عشرة التي هي قيمتها، لكون المعير لما حلف استحق ارتجاعها فخرجت بذلك عن أن تكون رهناً. فصار القول قول المستعير في مقدار ما تسلف عليها لكون المسلف له لا رهن بيده يحتج به، والرهن إنما يكون شاهداً على نفسه على ما سنذكره في كتاب الرهن ونذكر الخلاف فيه، إن شاء الله تعالى.

ومما يلحق باختلاف الوكيل والموكل قول الوكيل: أمرتني أن أبيع لك هذه السلعة. وقال ربها: بل بعتها منك. وقد باع هذه السلعة من زعم أنه وكيل على بيعها، فإن ربها يحلف على أني ما وكّلتك على بيعها، ويحلف من زعم الوكيل على أنه لم يشترها، ويرتجعها ربها إن كانت قائمة، وإن فاتت فقيمتها بدل عينها تؤخذ من مُفِيتها، إلا أن تزيد القيمة على ما يدعيه ربها من الثمن فلا يزاد، لاعترافه أنه لا يستحق أكثر من الثمن الذي يزعم أنه باعها به ممن زعم أنه وكله على بيعها.

وقد عورض هذا بأن هذا الاختلاف تضمن الاتفاق منهما على أن مشتريها من هذا الذي يزعم أنه وكيل على بيعها، وقد عقد منه شراءها بوجه لازم. فإن كان ربها صدق في أنه باعها، فهذا الذي باعها من هذا المشتري التي تؤخذ من يديه، باع منه ما ملك، وما يلزم فيه بيعه على مقتضى دعوى رب السلعة. وإن كان الذي زعم أنه باعها[2] بيع وكالة فلا يسوغ لربها أن ينتزعها من يد من اشتراها من يد وكيله. لكن إنما كان المذهب في هذا ما قدمناه من تمكين ربها من أخذها إذا حلف على صحة دعواه لكونه لم يقر بصحة بيع (هذا الذي زعم أنه

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يرهنه.

(2) كذا في الأصل، ولعل الصواب: أنه باعها، باعها بيع وكالة.

وكيل، إلا على أنّ في ذمته ويبيعها على ملكه ويكون للمشتري منه العهدة عليه)[1]. فإذا لم يحصل هذا لرب السلعة، بجحود من زعم أنه اشتراها منه عادت إلى ملكه، كمن ادعى على رجل أنه اشترى منه سلعة فأنكر وحلف، فإن السلعة تعود إلى ربها، ثم ينظر في استباحة ربها التصرف فيها أو بيعها في الثمن الذي جحده من اشتراها منه، على ما تقدم ذكره وبيانه، وقد ذكر في المدونة سؤالاً ليس هو من اختلاف الموكل والوكيل، فرأينا أن نذكره ها هنا أيضاً. وقد قدمنا الأصول التي يؤخذ منها حكمه في كتاب السلم.

وذلك أنه قال في مشتر اشترى من رجل طعاماً فوجد به عيباً فأتى ليرده على بائعه؛ فزعم البائع أنه أمسك من الطعام الذي باعه نصفَه. فقال في الكتاب: القول قول المشتري إذا قال: ما اشتريت إلا نصف حمل، وقال البائع: بعتك حملاً كاملاً. كما لو باع منه سلعة فوجد بها عيباً، فلما ردها بالعيب، قال البائع: قد بعتك معها سلعة أخرى، فلا تستحق قبلي جميع الثمن لأجل ما أمسكت من الصفقة. فصُدق المشتري، ها هنا، لما وجب انتقاض العقد لوجود العيب. وانتقاضه يوجب رد ما قبضه البائع على أنه ثمن المبيع، فيقتضي هذا تصديق المشتري، ويصير البائع مدعياً على المشتري أنه يستحق عليه مما قبضه منه من الثمن ما قابل المقدار الذي أمسكه إلمشتري وجحده.

وقد كنا قدمنا في كتاب الرد بالعيب أن مذهب **أشهب** وهو اختيار **ابن المواز** ما يشير إلى عكس هذا التعليل، وينقلب الأمر فيه حتى يصير المشتري هو المدعي. وذلك أنه قال فيمن باع من رجل ثوبين وفات أحدهما ووجد بالآخر عيباً، فأتى ليرده ويسترد ما قابله من الثمن، وزعم أنه في القيمة ثلثا الصفقة، وقال البائع: بل هو ثلثها. فصدق **أشهب** البائع فيما زعم، لكون المشتري مقراً بأن ذمته قد استقر فيها جملة الثمن استحقها البائع عليه، ويزعم أنه أسقط عنه بعضها، فلا يصدق فيما يدعي سقوطه عنه. كما لا يصدق من أقر بدين وادعى سقوطه بالقضاء.

---

(1) يتخلل هذا النص بياض في مواقع يصعب معه فهم النص.

وفرق **ابن القاسم** في **المدونة** بين أن يكون البائع قد انتقد الثمن فيصير المشتري مدعياً عليه رد بعض ما انتقد، فلا يؤخذ البائع بأكثر مما أقر به، ولا يلزم أن يرد إلاّ ما اعترف بوجوب رده.

وإن كان البائع لم ينتقد صدق المشتري لكون البائع يحاول تعمير ذمته بما لم يقر به، والأصل براءة ذمته.

وقد أشار بعض المتأخرين إلى أنه يلزمه أن يقول في مسألة الحمل ونصف حمل مثل ما حكيناه عنه ها هنا في تفرقته إذا اختلفا في الفائت بين أن يكون البائع قد انتقد وبين ألا يكون قد انتقد. وقد كنا نحن ذكرنا في كتاب الرد بالعيب من تعليل الاختلاف ما يعلم منه وجه الحكم في مسألة كتاب الوكالات. وذكر في **المدونة** في كتاب الوكالات أن المشتري لو ادعى ما لا يشبه فإن البائع يصدق في أنه لم يبع منه إلا حملاً كاملاً. لكنه وإن كان الأصل عنده تصديق المشتري لأجل ما اعتللنا به فإنه تصير دعواهُ ما لا يشبه كقيام شاهد بكذبه، فيصير القول قول البائع ها هنا كمدع قام له شاهد. ولكن طرد هذا: أن يمنعه البائع من رد نصف الحمل إذا حلف أنه ما باعه إلا حملاً كاملاً، لأن استحقاق نصف الطعام يوجب لمن استحق من يديه رد ما لم يستحق. وكذلك البائع ها هنا من حقه أن يُمنع من رد نصف ما باع مع استمساك المشتري بالنصف الآخر. لكنه في **المدونة** استحلف المشتري على صحة ما يقول ليمكن من الرد الذي زعم أنه ما اشترى سواه. فجُعل هذا كحكم بين حُكْمين. لأن تصديق البائع يقتضي أن يمنع من رد نصف الحمل إليه، بل يلزم المشتري إذا رد بالعيب أن يرد نصف الحمل الذي جحده. وتصديق المشتري في أنه ما اشترى إلا نصف حمل يوجب أن يرتجع جميع الثمن، لكنه صدق البائع في مقدار ما يرد من الثمن خاصة دون منع المشتري من رد النصف حمل، وإسقاط النصف حمل الآخر. وصُدق المشتري في إسقاط النصف حمل عنه وتمكينه من رد ما زعم أنه جميع صفقته فاستُصحِب حال كون البائع مستحقاً لجملة الثمن، فلا يُرَد منه إلا ما أقر بوجوب رده، واستُصحب براءة ذمة المشتري من غرامة طعام لم يقر أنه

صار إليه من البائع، لكون دعوى ما لا يشبه ها هنا لم يتضمن أكثر من كون الثمن لا يشبه أن يكون ثمناً لنصف حمل، ولكن ما ينضاف إلى هذا النصف حتى تكون جملة الثمن الذي اتفقا عليه بعضه ثمن له لا يدري ما هو نصف حمل آخر أو سلعة أخرى. وهذا كما قيل في كتاب الأكرية من **المدونة**: إذا اختلف رب الدابة ومكريها في المسافة، وادعى ربها ما لا يشبه أن يكون ما اتفقا عليه من الثمن المسافةَ التي أقر بأن العقد وقع عليها، فإن المكتري إنما يصدق في مقدار ما ينوب ما اعترف البائع به من المسافة من جملة الثمن، لا في إلزام رب الدابة إيصاله إلى المسافة التي يدعيها، لكون ما ينضاف إلى المسافة التي يقر بها البائع يمكن أن يكون ما قاله المكتري ويمكن أن تكون سلعة أخرى، ولا يؤخذ رب الدابة بأكثر مما أقر به في ملكه، ولا يصدق المكتري في سقوط ثمن أقر بحصوله عليه وقد ادعى ما لا يشبه فيه.

وقد ألزم من أسلم إليه في طعام واختلف هو ومن أسلم إليه في مقدار الطعام، وادعى المسلم إليه ما يشبه، أن يغرم ما ادعى المسلم إليه، فأخْذه بدعوى من له السلم، وإن كان من عليه السلم يقر أنه باع المقدار الذي ادعاه من له السلم.

وهذا كالمناقض لما قلناه ها هنا في مسألة الحمل ونصف حملٍ في مسألة الأكرية. لكن اعتذر عن هذا بما بسطناه وأشرنا إليه في كتاب السلم.

كتاب بيع الغائب، والغرر



بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً.

كتاب بيع الغائب، والغرر

قال القاضي أبو محمد، رضي الله عنه:

المبيعات ثلاثة أنواع:

1 ـ عين حاضرة مرئية.

2 ـ وعين غائبة عن المتعاقدين، فيجوز بيعها على الصفة، ويجب أن تُحصَر بالصفات المقصودة التي تختلف الأثمان باختلافها، وتقلّ الرغبة وتكثر لأجلها. ولا يكتفي بذكر الجنس والنوع فقط. ولا يجوز بيعها بغير صفة إلا أن يكون على رؤية متقدمة من وقت لا تتغير في مثله إلى وقت العقد. ولا خيار للمبتاع إذا جاءت على الصفة أو على ما يَعرِف من الرؤية[1]. إلا أن يشترطه على المشتري في ظاهر المذهب.

قال الشيخ رضي الله عنه: يتعلق بهذا الفصل خمسة أسئلة منها أن يقال:

---

(1) هكذا في النسختين. وفي النصّ نقص تمامه من التلقين في غ والغاني [وله الخيار إن جاءت على دون الصفة. وضمانها من البائع إلا أن يشترطهُ. . .].

1 ـ هل يجوز البيع على صفة المبيع دون مشاهدته؟

2 ـ وهل يجوز البيع على غير صفة ولا رؤية؟

3 ـ وما حكم الضّمان في البيع الّذي لم يشاهد؟

4 ـ وهل يجوز تحويل محلّ الضّمان فيه؟

5 ـ وما حكم اختلافهما فيما وقع العقد عليه من صفات المبيع؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: المبيع على قسمين:

مبيع معيّن مشار إليه في الوجود، ومبيع موصوف في الذمّة.

فأمّا بيع المعيّن المشاهد الّذي/ أحاطته رؤية المتعاقدين فلا خلاف في جواز العقد إذ قارن ذلك الرؤية والمشاهدة. (فإن تقدمت الرؤية والمشاهدة العقد)[1] فلا يخلو أن يكون تقدم ذلك بزمن يعلم فيه تغيّر المبيع في مقتضى العادة أو يشك في ذلك أو يتحقق أنه لا يتغيّر.

فإن كان يتحقق تغيّره وعُقد البيع على لزومه على أي حال وجد حين القبض فلا خفاء بفساد ذلك، لكون المشتري اشترى مبيعاً مجهولاً.

وإن كان يشكّ في ذلك، ولا يدري هل هو وقت العقد على مثل ما تقدّمت المشاهدة له، أو على خلاف ذلك من زيادة أو نقصان، وعقد البيع على اللّزوم على أيّ صفة كان، فإنّ هذا لا يشك في فساده لكون العقد وقع على مجهول.

وإن كان يعلم أنّه لا يتغيّر في ذاته من حين المشاهدة إلى حين العقد، فالعلماء على جواز ذلك.

لكن **أبا القاسم الأنماطي** من أصحاب **الشافعي** ذهب إلى فساد هذا العقد، ورأى أن مشاهدة المبيع حين العقد شرط في صحته وجوازه.

وهذا مذهب فيه غلوّ وإسراف. وقد ذكر أنّ **أبا سعيد الأصطخري** ناظر رجلاً نصر مذهب **الأنماطي**، فقال له: أرأيت لو شاهد المشتري داراً وأحاط بها

(1) بين القوسين ساقط من (و).

علماً، ثم خرج منها فعقد شراءها وهو قائم على بابها يجب على هذا المذهب أن يكون العقد فاسداً؟ فالتزم له هذا الرجل فساد العقد. فقال له **الأصطخري**: لو كان خاتماً في إصبعه فنقله إلى كفه وأطبق يده عليه، هل يُفسد البيعَ عدمُ الرؤية عند العقد؟ فقال: نعم. فقال له: لو عقد الدّار وهو بوسطها وقد شاهد جميعها؟ فوقف له على التزام ذلك، لأنه لو التزم هذا لم يصحّ بيع دار ولا أرض، ولا يخفى فساد هذا لو التزمه على أحد. وعزا **الأنماطي** في هذا المذهب كون المذهب عندهم اشتراط الشهادة في عقد النكاح، وإذا كانت الشهادة شرطاً في صحة النّكاح فإنّهم يقولون: لا بدّ أن يقارن العقد، وكذلك الرؤية، لمّا كانت شرطاً في صحّة بيع المبيع الحاضر، وجب أيضاً أن يقارن العقد.

وهذا فرع لا يناسب أصله؛ لأنّ القصد باشتراط الشهادة للعقد لأنّه يستحيل تقدّمها له، لأنّها إن وقعت على أنّ العقد وقع فلا يقال: تقدّمت. وإن تقدّمت على أنّه سيفعل فيما بعد ذلك فذلك وعد بالعقد لا عقد. وإن وقعت الشهادة بالعقد بعد العقد فقد مضى زمن لم يحصل فيه المقصود من النكاح، ولا يمكن القدوم عليه وهو آمن من الحدّ، فلهذا اشترطوا مقارنة الشهادة للعقد من ذهب إلى هذا. وأمّا الرّؤية للمبيع فالقصد بها كون المبيع معلوماً، والعلم به يحصل على حالة واحدة سواء قارنت الرّؤية العقد، أو تقدّمته بزمن قريب يعلم قطعاً أنه لو أعاد بصره إليه لم يتغيّر منه شيء عليه.

وأمّا بيع ما ليس بعين يشار إليه، فالتمييز في الوجود ولكنه العقد على موصوف في الذمّة، فهذا هو السّلم. وقد تقدّم في كتاب السلم ذكر الدّليل على جوازه، والعلّة في جوازه أيضاً، ولا خلاف فيه على الجملة، وأشرنا إلى أن الاقتصار به على الصفة ممّا تدعو الضرورة إليه، لأنه لو كان عيناً موجوداً لم يصحّ السّلم فيها، بل يكون العقد على هذه العين المعينة بشرط ضمانها إلى أجل إن هلكت قبله أتى البائع بمثلها. وقد بيّنّا هناك ما في هذا من الفساد، فإذا إستحال هذا الوجه لم يبق بعده إلاّ الاقتصار على موصوف في الذمّة فلهذا أجمع على/ جواز السّلم.

وأمّا بيع عين يشار إليها بالتمييز في الوجود من غير مشاهدة بل يقتصر فيها على الصّفة، فإنّ ذلك لا يخلو من أن يكون هذا المبيع سلعة حاضرة بين أيدي المتعاقدين يمكن النظر إليها والإحاطة بها بِالمشاهدة لها جملة وتفصيلاً من غير مشقة تلحق في ذلك، أو لا يمكن ذلك إلا بعد مشقة.

فأما إن أمكن ذلك من غير مشقة لكونه ثوباً مطويًّا بين أيدي المتعاقدين غير مستور بشيء ولا كلفة في نشرِهِ، فإنّ هذا، المعروف من المذهب أنّه لا يجوز العقد فيه على[1]، والعدول عن المشاهدة له على الجملة والتفصيل إلى الاقتصار على الصفة مخاطرة وتغرير وضرر لم تدع حاجة إليه. وقد اشتهر أنّ الخبر ليس كالمعاينة، ونحن نجد من أنفسنا أنّ الشّيء يوصف لنا ويجتهد الواصف له في البيان عنه وعن صفاته، فإذا وقع البصر عليه قصر عمّا تحمّلته النّفسُ منه من الخبر، أو زاد على ذلك. وهٰذا يقتضي كون العدول عن النّظر إلى الخبر غرراً في البيع. وقد رأى بعض أشياخي أنّ المذهب في هذا على قَولين، تعلّقاً منه بما وقع في المستخرجة فيمن قال: أبيعك كذا وكذا ثوباً في صندوقِي هذا. ووصف المبيع لِلمشتري، وسلّمه إليه. فلمّا غاب عليه زعم أنّه لا يوافق الصّفة الّتي سمعها من البائع، أنّ المشتري لا يصدّق في هذا بعد غيبته عليه، والبيع لازم له. وهذا الذي تعلّق به من هذه الرّواية قد لا يسلم له لإمكان أن يكون فَتْح التَّابوت وإخراج ما فيه من الثياب وتقليبها واحداً واحداً، ثم ردّها إليه، فيه مشقّة، وربّما غيّر رَوْنق المتاع، فلهذا أجازه ها هنا كما يجيز بيع البرنامج. وكذلك لو كان الثوب المبيع مخبّئاً في وعائه، كساج في جرابه، فإن المذهب فيه على قولين في **كتاب ابن الموّاز**. وهذا أيضاً يمكن أن يكون إنّما أجازه في أحد القولين لكون إخراجه من جرابه يفسد رونقه، وقد يشقّ إخراجه وإعادته، فأشبه ذلك بيع البرنامج، فيكون على هذا التأويل مَا لا يشقّ النظر إليه لا يختلف في منع بيعه على الصّفة لكون الصّفة لا تحلّ محلّ العيان، والعدول

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: على [الصفة].

عنها مع القدرة عليها من غير كلفة غرر وجهالة بالمبيع، فأشبه ما نهى عنه النبيّ ﷺ **من بيع الملامسة**[1]. وهو الاقتصار في الثوب المطوي على لمسه خاصّة دون أن يوصف باطنه. ولكن هذا أوضح في الغرر والخطر لعدم الوصف له على التفصيل. وإذا كانت الصّفة لا تحلّ محلّ العيان صار تركها يقتضي العقد على مبيع مجهول، لا سيّما لو كان العقد على جارية فإنّ هذا لاخفاء بأنّ للمشاهدة من الاستحسان أو الاستقباح ما لا يوجد في الخبر أو الصّفة.

وأما إن كان هذا الحاضر مشدوداً في عِدل كما يشدّ التجّار أصْنَاف المتاع في الأعدال العظيمة ويقتصرون في بيع ما[2]، على ما أثبتوه في البرنامج من عدد كل صنف مما اشتمل العدل عليه وصفاته، فإنّ المذهب في هذا على قولين، المعروف منهما والمشهور جواز العقد على ذلك مقتصراً فيه على الصفة دون المشاهدة. وقد أشار **مالك** رضي الله عنه في **الموطّإ** إلى كون هذا متّفقاً عليه عندهم، ولم يزل النّاس يجيزونه عندهم. وهذا لاتّضاح المشقة فيه، وكون العدل إذا حلّ رباطه ووقف على **ما** فيه ثوباً ثوباً، بعد النّشر لكلّ ثوب، ثمّ يطوى ويعاد جميع ذلك إلى العدل ويشدّ، فإنّ/ هذا تُتكلّف فيه المشقة الشديدة، وقد يفسد رونق المتاع ويهجن منظره. فلهذا كان المعروف من المذهب جواز البيع في هذا. لكن **ابن شعبان** ذكر في **مختصر ما ليس في المختصر** أنّه لا يجوز البيع على البرنامج ولا سلعة غائبة على مسيرة يوم، وكأنّه رأى أنّ المشاهدة والرّؤية في هذا ممكنة ولا تبلغ المشقّة فيه إلى إباحة ركوب الغرر والاقتصار على الخبر دون المشاهدة والنظر. وكذلك قدّر في مبيع على مسافة يوم من مكان المتعاقدين إن إحضار ذلك لا يشقّ مع قرب هذه المسافة (يوم) ولا تبلغ المشقة فيه إلى العفو عن هذا الغرر الذي هو الاقتصار على الخبر دون المشاهدة والنّظر.

---

(1) متفق عليه. الهداية: 7/246.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ويقتصرون في بيعها.

وأمّا بيع عين غائبة على مسافة مفرطة في البعد جدًّا حتى يكون العقد على تلك العين التي في أقطار بعيدة لا يكاد أن يحصل منها وتعرف حقيقتها فإن[1] لا يجوز.

وأمّا ما قصر عن ذلك وارتفع عن القرب القريب الذي ذكره **ابن شعبان** فإن عندنا جواز البيع على الصفة. ويجب أن تذكر الصفات المقصودة التي تختلف الأغراض فيها والأثمان باختلافها، لأنّ ذكره ما سوى هذا من الأوصاف لا يرفع الغرر، لأنّ المشتري يجوز أن يكون ما لم يوصف له من أوصافها جيّداً ويجوز أن يكون ردياً، والعقد على التزام ذلك على أيّ حال كان من هذا غرر وخطر، فإذا استوفى ذكر الأوصاف التي تختلف الأغراض فيها فقد اجتهد في رفع الغرر، لكن هذا وإن بالغ فيه فإنّ للمشاهدة زيادة في الاستحسان والاستقباح وتقوية الأغراض وضعفها، على ما علم من جهة الوصف والخبر. لكن لأجل هذا التقصير الذي وقع عن المعاينة اختلف **النّاس في هذا البيع** هل يجوز أم لا؟ فذهب **الشّافعي** في أحد قوليه إلى منع جوازه. وذهب **أبو حنيفة** إلى جوازه ونَفَى لزومه، وجعل المشتري الذي إنّما علم حقيقة المبيع من الوصف له الخيار إذا رآه.

وأنت قد علمت أنّ للبيع أوصافاً وأحكاماً، فمن أوصافه الجواز والمنع، ومن أحكامه اللّزوم والانعقاد والخيار، فسلبه **الشافعي** ها هنا في أحد قوليه الجواز والصحّة. ولا شكّ أنّ ما انتفى عنه الصحّة والجواز انتفى عنه اللّزوم. فالوصفان جميعاً قد سلبا عنه عند **الشافعي** في أحد قوليه. وذهب **مالك** إلى ثبوت الوصفين جميعاً لهذا البيع وهما الصحّة والجواز واللّزوم، فإذا عقد هذا البيع ووجد المبيع على الصفة المشترطة لزِم المشتريَ البيعُ.

وذهب **أبو حنيفة** إلى نفي أحد الوصفين عنه، وهو اللّزوم والانعقاد، وأثبت الصحّة والجواز، وجعل للمشتري الخيار إذا رآه، وقد عقد على الصفة، ووجد المبيع على الصفة المشترطة. لكنّ **أبا حنيفة** توسّع في هذا، وذهب إلى أنّه يجوز العقد في هذا على الجملة وإن لم يذكر الجنس والنّوع، بشرط أن يشار

(1) هكذا ف ي النسختين. ولعل الصواب: فإنه.

في حال الانعقاد للبيع إلى عين متميّزة بالمكان، مثل أن يقول: بعتك ما في صندوقي أو ما في يدي، أو ثوباً (أي جزني)[1] بالبصرة، أو ما في دار[2] ببغداد، فإن هذا يجوز عنده ويكون للمشتَري إذا اطلع عليه ورآه الخيار في التزام هذا البيع أورده. بخلاف أن يقول: بعتك ثوباً، ولا يشير إلى مكان يدلّ على التعيين والتمييز، فإن هذا يلحق بالسّلم في غير شيء موصوف، فيفسد. ولهذا جاز بيع ثوب من أحد ثلاثة أثواب على خيار المشتري لأحدها لما أضيف هذا التخيير إلى تعيين، ولو/ كانت أثواب أربعة لم يجز ذلك، وإن حصل فيه ما صوّره من التّعيين، لأنّ البيع لثوب من ثلاثة غرر، والقياس منعه، لكن يستحسن جوازهُ لقلّة الغرر. وكما أنّ الأصل عنده منعه بيع الخيار على الجملة لما فيه من غرر، ولكنّه أجيز منه خيار ثلاثة.أيام لخفّة الغرر فيها، ومنع اشتراط أربعة أيام لشدّة الغرر فيها. وأيضاً فإنّ الثلاثة من العدد تشتمل على الثلاثة من الأوصاف الّتي لا دافع لها، وهي كون الشيء، جيداً أو دَنِيئاً أو وسطاً. وهكذا كل جنس من أجناس المبيعات له طرفان وواسطة. فالثلاثة أثواب قد تشتمل على الثلاثة أوصاف من غير تكرير، وما زاد على هذا من العدد قد تكرّر فيه بعض هذه الأوصاف فيشتدّ الغرر، فلهذا أجاز بيع غائب أشير إليه بالتمييز على الجملة الدّالة على كونه عيناً موجودة، بخلاف ما لا يشير إليه بذلك بل يشار إليه بكونه سلماً في الذمّة.

وعلى هذا الأسلوب اختلف أصحاب **الشافعي** أيضاً على قولين بناء على أحد قولي **الشافعي** في جواز بيع الغائب هل يكون خيار الرّؤية ثابتاً للمشتَري خاصّة والعقد في حقّه موقوف على اختياره ولازم للبائع أو يجوز أن يكون خيار الرّؤية لهما جميعاً مثل أن يكون البائع ورث سلعة لم يرها فباعها على الصّفة ثم رآها هو والمشتري بعد العقد. قال بعضهم: يكون الخيار للبائع في إمضاء البيع إذا رأى المبيع كما يكون ذلك للمشتري. وقال بعضهم: لا يجوز عقد هذا البيع

(1) كذا بالأصل، ولعل الصواب: عندي.
(2) كذا بالأصل، ولعل الصواب: داري.

لكثرة الغرر فيه. وكأن البائع وصف ما لم يره، وإنّما وصف عن وصف آخرَ له. وهذا يقتضي كثرة الغرر في هذا البيع ففسد العقد فيه. بخلاف أن يكون الخيار للمشتري خاصّة دون البائع، جرياً ممّن قال بهذا على ما قدّمناه من اعتبار خفّة الغرر وثقله وشدّته.

فأنت ترى نكتة هذه المذاهب وهي الالتفات إلى كون المعاينة للشيء والمشاهدة تفيد فيه زيادة على ما يستفاد من الخبر عنه، وهذا لا يكاد يختلف فيه على الجملة في أجناس من المبيعات.

فإذا علم أنّ المبيع من شرطه أن يكون معلوماً، وكونه مجهولاً يؤثر فيه فساداً فهل هذا التقصير عن بلوغ الكمال في العلم به يلحقه بالمجهول بالكلية فيفسد البيع، كما قاله **الشافعي** في أحد قوليه، ويسلبه[1] اللّزوم دون الصحّة كما قال **أبو حنيفة**، أو لا يبلغ هذا التقصير عن الكمال في العلم به إلى إلحاقه بالمبيع المجهول فيصحّ البيع ويلزمه كما قال **مالك** رضي الله عنه، فهذا سرّ هذه المذاهب الثلاثة. وقد كشفنا عن ذلك وإنّما يبقى بعد ذلك النظر في استدلالات من قياس أو أثر يقتضي صحّة مذهب دون مذهب.

فأمّا الظواهر فإنّه يتعلّق من يجيز البيع بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[2]. وهذا بيع يقتضى عموم الآية جوازَه. وقد ذكر ابن **سحنون** في ردّه على **الشافعي** أنّ ما ورد في الحديث المذكور فيه بيع الملامسة من نهيه عليه السّلام عن بيع السّلع لا ينظرون إليها ولا يخبرون عنها، يقتضى دليل الخطاب فيه أنهم إذا أخبروا عنها لم يُنْهَ عن عقد البيع فيها. وأيضاً فإن **عثمان بن عفّان** رضي الله عنه **وعبد الرَّحمٰن بن عوف** تبايعا فرساً غائبة، وكذلك تبايع **عثمان وطلحة** رضي الله/ عنهما أرضاً غائبة، فقيل لعثمان إنّك غبنت. فقال: لا أبالي، لأن لي الخيار. وحكم بينهما **جبير بن مطعم**، ولم ينكر أحد من الصحابة عليهم هذه البيوع.

(1) هكذا، ولعل الصواب: أو.
(2) سورة البقرة، الآية: 275.

وأيضاً فإنّ الأمّة أجمعت على جواز السّلم، والذي يسلم فيه غير مرئي وإنّما هو موصوف، فلولا أنّ الوصف للشيء يحلّ محلّ عيانه ما جاز السّلم فيه. ولهذا لم يجز السّلم فيما لا تضبطه الصفة. ولو كانت الرّؤية شرطاً في صحّة العقود على المبيعات لم يجز النّكاح إلاّ بعد رؤية الزّوجة، وقد قال عليه السّلام: **لا تصف المرأة المرأة لزوجها كأنّه يشاهدها**[1]. فأشار إلى كون الوصف يحلّ محلّ المعاينة. وإذا كانت المعاينة تُبيح العقد فكذلك ما أحلّه صاحب الشّرع محلّها. هذه نكت من صار إلى جواز بيع الغائب على الصفة.

وأمّا من منع منه فإنه يتعلّق بأنّه ﷺ «نهى عن بيع الغرر»[2]. والاقتصار على الوصف دون المشاهدة غرر. وينفصل الآخرون عن هذا بأنّهم لا يسلمون كونه غرراً وإذا لم يسلّموه لم يلزم إثبات كونه غرراً، ولا يثبت ذلك مع ما قدّمناه من الأحاديث الدّالة على كون الخبر يحلّ محلّ المعاينة. واحتجّوا بأنّه ﷺ «نهى عن بيع ما ليس عندك»[3] والسّلعة الغائبة ليست عند بائعها. فاقتضى هذا الحديث منع العقد عليها. ويجيب الآخرون عن هذا بأنّ المراد ما ليس في ملكك ليس ما هو في ملكك غائب عنك، ألا تَرى أنّ ما لا تملكه لا يجوز بيعك فيه، ولو كان عندك. ودليل الحديث أنّ ما عندك يباع سواء كان ملكك أو ملك غيرك. والنّكتة التي يعول عليها عندهم في فساد العقد الاتّفاق على أنّ من شرط المبيع أن يكون معلوماً وطريق العلم **ها** هنا في المبيعات الرؤية لا الخبر، لأن خبر الواحد إنّما يفيد ظنّا. ولو فرض **ها** هنا أخبار متواترة عن الوصف لم يحصل العلم بحقيقة المبيع الذي يحصل عن الرؤية. وكون المبيع عليها لم يتغيّر، ولو كان عليها حين العقد لأمكن أن يتلف العين بعد العقد وقبل القبض. وهذا الإمكان يرفع العلم وإذا ارتفع العلم صار المبيع مجهولاً وهذه النكتة قد فرغنا نحن من الجواب عليها فيما مضى. وينفصل عن

---

(1) فيض القدير 6/385 حد. 9723.

(2) الموطأ: 2/124. حد 1941.

(3) البغوي: شرح السنة: 8/140. حد: 2110.

القياس على السّلم بإنّ البيع في السّلم في الذمّة ليس بمعين ولو عقد الأمر فيه على التعيين لفسد، لأنّ السّلم في الاعيان لا يصحّ، فلم يبق طريق إلى هذا المبيع يتوصّل إليه إلاّ الوصف. وأمّا النكاح فإنّه لا يشترط فيه الصفة كما لا تشترط الرؤية فلا يصح إلحاقه بالمبيعات الّتي لا تصحّ إلاّ بالرؤية أو الصّفة. وعلى هذا الأسلوب يجري بيع الأعمى وشراؤه فإنّه إن عمي بعد أن كان أبصر أجناس المبيع وصفاته حتى يتخيّله بالوصف كما يتخيّله بالبصر فإن عقده جائز. وإن كان خلق أعمى فإنّ أبا **جعفر الأبهري** منع عقده في المبيعات لكونه لا يتخيّل الموصوفة يحل[1] الوصف. وأجازه القاضي **أبو محمد عبد الوهاب** تقريراً منه أنّ الوصف قد يتصوّر فيه الموصوف على الصّفات الّتي يرغب التجّار فيها ويزهدون فيها.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

أمّا خيار الرؤيّة فلا يخلو من قسمين إمّا أن يثبت حكماً أو يثبت شرطاً.

فأمّا إثباته حكماً فلا شكّ في أنّ المبيع إذا وجد مخالفاً للصفة الّتي وقع العقد عليها فإنّه غير لازم للمشتري، وله ردّه على البائع، كما يردّ المبيع بعيب اطّلع عليه لم يبيَّن له حين/ العقد، لكونه خلاف ما دخل عليه. وأمّا إن وجد المبيع الغائب مطابقاً للصّفة التي وصف بها فإنّه لا خيار للمشتري لأنّ الوصف يحلّ محلّ المعاينة، كما وصفنا، وإذا لم يكن له خيار بعد أن عاين فلا خيار له إذا أخبر ووَجد المخبرَ عنه على ما هو عليه ممّا تضمّنه.

وذهب **أبو حنيفة** إلى أنّ للمشتري خيار الرّؤية، كما قدّمناه عنه، لأجل أنّ الوصف يقصُر عن العيان فلا بدّ لهذا التّقصير من تأثير. ففقد العين المبيعة يؤثّر منع العقد على البيع، والتقصير في الوصف يفيد نفي اللّزوم، لأنّ الوصف تابع للعين، فإذا أفاد فقدُ الأصل منعَ العقد وجب أن يكون فوت بعض الوصف وهو ما قصر عن العيان يعيد نفي اللّزوم، حتى يكون التّابع أفاد نفي اللزوم، والمتبوع

(1) بياض بالنسختين، ويصح الكلام: بمجرد.

أفاد نفي العقد. وتعلّقوا في هذا بما رواه **أبو هريرة** من أنّ النبيّ ﷺ قال: «مَن ابتاع شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه»[1] وهذا نصّ فيما قلناه. لكنّ **الدارقطني** طعن في بعض رواة هذا الحديث. وقال: إنّه كان وضّاعاً للحديث.

وقد اتفق على مطالبة المشتري بحكم العيب إذا اطَّلَع عليه، ومعنى اطلاعه على العيب أنّه علم فوت وصف من البيع فكان الخيار له.

وكذلك يكون له الخيار إذا فاته الوصف الذي بين المعاينة والخَبْر، ولا يؤثّر الاطلاع على العيب فساداً في العقد لفوت هذا الوصف، فاقتضى هذا أنّ بيع الغائب لا يفسد، كما لا يفسد عقد البيع إذا اطّلع في المبيع على عيب فات المشتريَ حين العقد العلمُ به. وإنّما يثبت له الخيار. فهكذا يكون حكم الغائب. ورأيت بعض أصحاب **الشافعي** حرّر قياساً يمنع فيه من المناقضة بثبوت الخيار عند الاطّلاع على العيب: بأنّ المبيع ثبت فيه خيار جملة النّقص، ولا يثبت في كل مبيع. وتحرز بهذا التقييد من أن يناقض بثبوت الخيار من جهة الاطلاع على العيب، وتحرّز بقوله: لا يكون في كل مبيع، من المناقضة بخيار المجلس، فإنّ المتعاقدين بالخيار ولو طال مجلسهما، وأمر افتراقهما غير محدود بطول أو قصر، ومع هذا فإنّ الخيار قد ثبت فيه لكل واحد من المتعاقدين، ولم يمنع من ذلك جهالة الأمر فيه، بخلاف خيار الرّؤية في بيع الغائب فإنّه خيار إلى أمد مجهول وإلى أمد طويل، والجهالة بأمر الخيار وطول زمانه تفسد العقد، فلو ثبت خيار الرؤية في بيع الغائب لوجب فساد العقد لطول أمد الخيار، والجهالة بمقداره.

ولمّا ردوا على **أبي حنيفة** مذهبه بأنّ ثبوت خيار الرؤية يجب أن يُفسد العقد، ناقضهم أصحابه بما أثبتوه من خيار المجلس. فاعتذر بعضهم بهذا الذي أشار إليه في تقييد قياسه: أنّ خيار المجلس يثبت في كل مبيع، وخيار الرّؤية في بيع الغائب لا يثبت في كل مبيع.

وانفصل بعض أصحاب **الشافعي** بانفصال آخر وهو إن خيار المجلس

---

(1) السنن الكبرى للبيهقي: 5/268.

عندهم لو رضي من له الخيار بإسقاطه لسقط. والخيار الذي أثبته الشّرع في بيع الغائب لو أسقطه المشتري والتزم البيع من غير خيار قبل أن يراه لم يصح رضاه، فاقتضى هذا كون إثبات خيار الرّؤية يفسد العقد لما كان لا قدرة للمتعاقدين على إسقاطه والتزام العقد في الحال، وبخلاف خيار المجلس/. وأمّا العقد على المبيع الغائب من غير رؤية تقدّمت ولا وصف له لكنه اشترط فيه خيار الرّؤية، فإنّ المعروف من المذهب عندنا جواز هذا العقد على حسب ما ذكره في **المدوّنة**. وذهب **ابن القصّار** والقاضي **أبو محمد** إلى منع هذا العقد، وأنكره أيضاً **أبو بكر الأبهري**. وقال: إنه خلاف الأصول. تقديراً من هؤلاء الذّاهبين إلى هذا أنّ أمر الخيار مجهول، والجهالة تقتضي فساد العقد، على حسب ما قدّمناه وبيّنّا ما قيل فيه من المناقضة والعذر عنها.

والجواب عن السّؤال الثالث أن يقال:

اختلف المذهب في ضمان المبيع الغائب إذا كان العقد صادفه سالماً ثم هلك بعد العقد أو فسد. فعن **مالك** في ذلك ثلاث روايات:

إحداها أنّ ضمانه من مشتريه في سائر أجناس المبيعات.

والثانية، التي رجع إليها، أنّ ضمانه من بائعه وهو اختيار **ابن القاسم** لكن هذه الرّواية ذكرها **ابن الموّاز** على الاطلاق ولو كان المبيع عقّاراً. وذكرها في **المدوّنة** وهي على التقييد، بأن لا يكون المبيع عقّاراً.

وذكر **ابن القاسم** أنّه لم يختلف قول **مالك** وأصحابه في كون العقّار ضمانه من المشتري. وهكذا ذكر **ابن حبيب** أنّه لم يختلف قول **مالك** وأصحابه في كون العقار ضمانه من المشتري. لكن **ابن الموّاز** ذكر عنه كون الدّار الغائبة ضمانها من البائع. وألحق **ابن حبيب** بالعقار ما قربت غيبته من حيوان أو عرض أو طعام، ورآه في ضمان المشتري كالعقار.

فتلخص من هذا أربعة أقوال: كون الضمان من البائع على الإطلاق، أو على المشتري على الإطلاق، أو كون العقار من المشتري، وما سواه من البائع ولو كان قريب الغيبة. أو كون العقار من المشتري وما سواه من المشتري أيضاً

بشرط أن يكون قريب الغيبة.

والنكتة المعتبرة في هذا أنّه قد تقرّر كون المكيل والموزون ضمانه من بائعه لمّا كان غير معلوم مبلغُ المبيع إلاّ بالكيل والوزن، وكون البائع عليه توفية المبيع، فإذا لم يوفه لم يستحقّ العوض. وكون العروض الّتي يمكن منها مشتريها ضمانها من مشتريها لكون البائع قد فعل ما عليه من التّوفية، وهو التّمكين منها.

واضطراب المذهب فيما ليس فيه توفية بكيل ولا وزن ولا عدد وهلك عقيب العقد قبل أن يمضي زمن يمكن فيه تسليم ذلك لمشتريه. هل يكون ضمان ذلك من بائعه أو من مشتريه، على قولين.

ومن ذلك أيضاً المكيال[1] ثم يتلف في يد بائعه قبل مضي زمن يمكن فيه تسليمه لمشتريه. فتارة قدّر أنّ فائدة البيع انتقال الأملاك وتمكين كلّ واحد من المتعاقدين من البدل. فإذا لم يحصل ذلك فكأنّ حقيقة البيع لم تحصل فكان الضمان من البائع. وتارة قدّروا أنّ البيع ينعقد بالقول وينتقل الملك به، والضّمان تابع للملك فوجب أن يكون من المشتري. وقد احتجّ القاضي **أبو محمد عبد الوهّاب**، رضي الله عنه، في غير كتابه هذا لهذا القول بأنه قال عليه السّلام: «الخراج بالضمان»[2] والخراج بالعقد للمشتري دون اعتبار ذهاب قدر التّسليم. وهذا الذي ذكره القاضي أبو محمد في الخراج، وأشار إلى الاتفاق عليه. كان بعض أشياخي يرى أن ذلك يجري على الاختلاف الذي وقع في الضّمان. فمن رأى أنّ الضّمان/ من البائع جعل الغلّة له. وهكذا يرى في المحتبسة بالثّمن. والذي يؤكّد طريقة شيخنا هذا قوله في **المدوّنة** لما ذكر الخلاف في ضمان الغائب فقال: النّماء والنّقص على القولين. فأنت تراه أثبت الخلاف في النّماء، والخراج نماء. فهذا يحقّق ما قاله شيخنا ومقتضاه أنّ المبيع الغائب إذا بيع على صفة فتبدّل إلى ما هو أعلى وأرفع، أن يكون للبائع الخيار في فسخ البيع لأجل الزيادة الحادثة في المبيع بعد العقد على القول أنّ الضّمان منه، كما يكون

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المكيل.

(2) فيض القدير: 5/503. حد: 4130.

للمشتري الخيار إذا نقص المبيع الغائب بعد العقد في ردّه وفسخ العقد.

لكن بعض المتأخّرين سلك هذا المسلك في زيادة أو نقص خرجا عن العادة. وأمّا ما جرت العادة به من تغيير نقص أو زيادة فإنّه لا مقال للمشتري فيه ولا للبائع، لكونهما دخلا على المعتاد في ذلك. هذا على تسليم هذه الرّواية على ظاهرها. وأما على ما أشار إليه **سحنون** فإنّه حمل قوله: والنماء، على القولين جميعاً في عبد بيع ثم ملك مالاً بعد العقد، وهو في ضمان البائع، فإنّه يحسن عنده تصوّر الخلاف في هذا لكون المال شيئاً مميّزاً عن العبد يصحّ صرفه إلى أحد المتعاقدين مع ثبوت العقد في العبد على ما هو عليه. بخلاف نماء الأبدان وزيادة الصفات. وأظنّه أنه قد قيل أيضاً: إنّ النّماء والنقص المشار إليه في **المدوّنة** ها هنا محمول على زيادة الأسواق ونقصها. وهذا التّأويل، إذا حملت الرّواية عليه، أوضح وجهها لكون الأسواق لا تثبت غالباً على حال فكأن المتعاقدين دخلا على اطراح الالتفات إليها.

فإذا تقرّر اضطراب المذهب في اعتبار قدر التّسليم فإنّ المبيع الغائب لا يمكن تسليمه عقيب العقد لأجل غيبته. وإذا لم يمكن ذلك فيه كان سبب الخلاف فيه ما أشرنا إليه من اضطراب المذهب في مراعاة اعتبار قدر التّسليم. وهذا التعليل يقتضى صحّة ما نقله **ابن الموّاز** من كون الدّار الغائبة إذا بيعت كالعروض الغائبة إذا بيعت، لكون التّسليم يتعذّر في الجميع. ويقتضى هذا التّعليل أيضاً كون المشتري إذا تراخى عن الخروج لقبض الغائب تراخياً خارجاً عن العادة حتى يذهب الزّمن الذي يعلن فيه قبض المبيع فإنه يسقط الضمان عن البائع حينئذٍ، ويصير كالعروض الحاضرة إذا بيعت ومكّن البائع مشتريَها من قبضها فتركها اختياراً، فإنّ ضمانها من مشتريها.

وممّا كان يذكره شيخنا ها هنا الاعتذار عن اختلاف اختيار **ابن القاسم** في قول **مالك** ها هنا فإنّه اختار كون المبيع الغائب ضمانه من بائعه. واختار في المحتبسة بالثمن من قولي **مالك** كون الضمان من المشتري، وأجراها مجرى الرهان وما ذلك إلاّ لأنه يقدر أن المحتبسة بالثمن أمكن المشتري قبضُها

بإحضار ثمنها، فعدوله عن ذلك لا يسقط الضمان عنه، والمبيع الغائب يستحيل في العادة قبضه بفور العقد، فصار تعذّر التّسليم متيقّناً بخلاف المبيع المحتبس.

وإذا تقرّر الاختلاف في الضمان فإنّه أجاز في **المدوّنة** أن يشترطه من هو، في الحكم عليه، على الآخر، وما ذلك إلاّ لكون محلّ الضّمان اختلف فيه قول مالك لكون الأدلّة فيه تكاد تتعارض فلمّا أشكل الأمر استخف نقل الضمان من محلّه إلى محلّ آخر/ قد قيل: إنّه هو الأصل في الحكم فيه، بخلاف نقل الضّمان من محلّ إلى محلّ آخر اتّفق على أنّه ليس بمحلّ الضمان.

وقد قيل: إنّ المذهب على قولين في اشتراط الضّمان على المشتري، على القول بأنّ الحكم كونه على البائع، لأجل ما وقع **لمالك** فيمن باع طعاماً واشترط على المشتري ضمانه إن أدركته الصفقة، أن ذلك لا يجوز، مثل من باع زرعاً وهو قائم قد استحصد ويبس، لكون البائع عليه توفية المبيع، ولا يمكن توفية الغائب بفور العقد، فصار كمن اشترط في بيع الثمار ألاّ جائحة فيها، أو باع عبداً قد أخبره على أنّ ضمانه من مشتريه بنفس العقد، مع كون مشتريه لا يمكنه تصرفه فيه. وما قدّمنا نحن من العذر يمنع من هذا التّعليل لكون محلّ الضمان مختلفاً فيه، ولم يشترط الضمان في أصل العقد، ولكنّه بدّل محلّه بعد عقد البيع، فإن المذهب على قولين في هذا هل يجوز أم لا؟ فقيل: ذلك جائز، بناءً على أنّ ما بعد العقود يقدر كأنّ العقد وقع عليها في أصله. كمن اشترى نخلاً وفيها ثمرٌ لم يره، ثم بعد العقد اشترى الثمرة، أو اشترى عبداً ثم أراد مشتريه أن يستثني ماله بعد العقد فإنّ هذا مختلف فيه وإن كان يقال تبدل محلّ الضّمان بعد العقد في بيع الغائب أشدّ من هذا، لكون الثّمر يلحق بالنّخل فيملك المشتري الجميع عقداً بعد عقد فكأنه ملك ذلك بعقد واحد. ومال العبد يلحق بملك العبد لا بملك المشتري لكن قد أجاز في كتاب **ابن حبيب** وفي **الموّازية** أيضاً أن يدفع البائع إلى مشتري الجارية عوضاً ليبرئه من كل عيب بها لم يعلم به البائع. كما يجوز اشتراط البراءة من ذلك في أصل العقد من كون هذه معاوضة مجرّدة على أمر مجهول كما أن تبدّل محلّ الضّمان في بيع الغائب معاوضة على

ضمان مجرّد وذلك غرر محض.

وقد اعتذر عن ما جرى بين **عثمان وعبد الرّحمان بن عوف رضي الله عنهما**[1] من كون **عثمان** رضي الله عنه اشترط على **عبد الرحمٰن** ضمان الفرس الغائبة ثم عاد **عبد الرحمٰن** رضي الله فقال **لعثمان** رضي الله هل لك في أن أزيدك أربعة آلاف درهم وتجعل الضمان منك. وهذه معاوضة على تبديل محلّ الضمان فقيل: إنهما لم يعقدا البيع، وإنّما متساومين[2]، وأشير أيضاً إلى كونهما تعاقدا البيع ونقلا الضّمان من محلّه لأنهما ذهبا إلى جواز ذلك على ما قدّمناه من أحد القولين. وقد قيل: إن ظاهر هذا الخبر يقتضى اعتقادهما كون ضمان المبيع الغائب من بائعه لأجل احتياج **عثمان** رضي الله عنه إلى اشتراطه على **عبد الرحمٰن** رضي الله عنه. ولو كان الحكم يقتضي كونه من **عبد الرحمٰن** الذي هو المشتري لم يفتقر **عثمان** إلى اشتراط ذلك عليه.

والذي قدّمناه من اختلاف المذاهب على أربعة أقوال في ضمان الغائب يشير بعض أشياخي فيه إلى قصر هذا الخلاف على كون المشتري صدق فيما وصفه من حال المبيع. وأمّا إن لم يصدّقه وعقد البيع على الوقف على الاختبار فإنّه يتضح كون الضّمان من البائع. وهذا فيه نظر عندي، ولا فائدة لاعتبار التصديق ها هنا، أو التوقف في صحّة الخبر لأنّ العقد مشترط فيه كون المبيع موجوداً حين العقد، وكونه موجوداً حين العقد ممّا لا/ يعلمه المتعاقدان، ولا يصح فيه تصديق ولا تكذيب. ثم مع هذا إذا ثبت أنّه موجود حين العقد لزم العقد، واختلف في الضمان على حسب ما قدّمناه. فكذلك وقف العقد على كون الصفات مطابقة لقول الواصف. فإنّه إذا ظهر كونها مطابقة لوصف الواصف لزم البيع عندنا، ولم يكن للمشتري خيار في جله[3] فالضّمان يحسن فيه الخلاف على الإطلاق ولكن يجب قصر الخلاف على مبيع غائب ليس فيه

(1) الأثر رواه البيهقي. انظر السنن الكبرى: 5/ 267.
(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: متساومان.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في حله.

حق توفية بكيل أو وزن، لأنّ ما يجب فيه تمييز للمبيع وتمييز مبلغ بكيل أو وزن لا يختلف في كون الضمان فيه على البائع حتى يكال أو يوزن، ولو كان المبيع حاضراً. فإذا كان المبيع غائباً فذلك آكد في كون الضمان من البائع. ولهذا قال **مالك** رضي الله عنه: لا يجوز اشتراط الصفة في مبيع غائب على كيل أو وزن. وهذا الذي قاله أوضح لما قدّمناه لأنّ المكيل والموزون لم يختلف في كون ضمانه من بائعه قبل أن يكال أو يوزن. فإذا اشترط البائع على المشتري ضمانه قبل أن يكال أو يوزن، فقد اشترط شرطاً لم يختلف في كونه خلاف الحكم فلهذا لم يصحّ الشّرط. لكن لو كانت التّوفية بعدد مثل أن يبيع داراً غائبة مذارعة، أو حائطاً فيه نخل على عدد النّخل، فإنّ **مالكاً** رضي الله عنه جعل الضمان من البائع، وأجرى العدد مجرى الكيل والوزن. لكن ابن **حبيب** حكى عن **مطرف وابن الماجشون** أن ضمان ذلك من المشتري قال: ولو ذهبت الدّار والنّخل لقِيس ما بقي على ما هو عليه ولزم المشتري. واحتجّ بقول **مالك** فيمن باع زرعاً كل حِمل بكذا فإنّه يكون ضمانه من المشتري وتقاس الأرض ليعلم مبلغ الثمن. وهكذا ذكر ابن **الموّاز**، واعتلّ بأنّ المشتري ممكَّن من حصاده قبل أن تقاس. واحتج **ابن حبيب** أيضاً بأنّ من باع زيتاً بظروفه وزناً فإنّ الضّمان من المشتري. ويحطّ مقدار الظروف من الثّمن. وأصل المذهب يقتضي صحّة ما قاله **مالك** من كون الضمان على البائع. ولعل **ابن حبيب** أراد أن ذكر الأذرع والعدد زيادة في بيان الصفات لاشتراط التوفية به. وأشار في **الموّازية** إلى كون المشتري قادراً على حصاده والتصرّف فيه قِبل أن تقاس يقتضي اعتبار التّمكين. وإذا لم يمكن المشتري من ذلك لم يضمنه المشتري.

وممّا يجري على هذا الأسلوب ما ذكره في **المدوّنة** من أنّ المبيع الغائب لا يجوز أن يشترط لقبضه أجلاً. قال **ابن الموّاز** لأنّ ذلك اشتراط ضمان سلعة بعينها وذلك لا يحل. وإنّما يعقد على أن يتوجه المشتري لقبضه قرُب أو بعُد، تعجّل أو تأخّر، وهذا أيضاً من نحو ما كنّا فيه من اشتراط ضمان ما الحكم أن لا يضمن. ومن هذا الأسلوب أيضاً ما وقع في **الموّازية** من منع العقد على سلعة

غائبة على أن يوصلها البائع إلى بلد العقد أو بلد غيره، لكون قبضها ونقلها ليس بواجب على البائع، وإنّما عليه التّمكين. فإذا قبضها البائع ونقلها بأمر المشتري صارت يده كيَد المشتري فكأنّ العقد وقع بشرط ضمان البائع لمَا قبضه المشتري، وهذا لا يجوز إلاّ أن يكون ضمانهما ساقطاً عن البائع في مسافة نقلها وإنّما اشترط عليه/ حملها فيكون ذلك كبيع وإجارة فيجوز على المشهور من المذهب في جواز اشتمال عقد واحد على بيع وإجارة.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال:

إذا اختلف المتبايعان في سلعة غائبة، من وجودها حين العقد، أو قِدَم عيب ظهر بها، فإن اختلافهما في كونها موجودة حين العقد أو معدومة ذكر في **المدوّنة** أنّ على البائع إثبات كونها موجودة حين العقد، وأن هذا هو الحكم على القولين جميعاً في كون ضمان المبيع الغائب، إذا كان موجوداً حين العقد، من البائع أو من المشتري.

ولا تتصوّر فائدة الخلاف ها هنا إلاّ على القول أنّ ضمان الغائب من المشتري. وأمّا على القول بأنّ ضمانه من البائع حتى يصادفه المشتري حين القبض فلا ثمرة لاختلافهما إذا خرج المشتري إليه فلم يجده. وإنما يكون للخلاف ثمرة على القول أنّ الضّمان من المشتري فيزعم البائع أنّ هلاك المبيع كان بعد العقد فيضمّنه المشتري، ويزعم المشتري أنّه لم يكن موجوداً حين العقد فيكون الثّمن غير لازم له، لكون البيع لم ينعقد. فإنّما أشار بقوله: على القولين جميعاً، احتياط أن يظنّ ظانّ أن هذا يكون لهُ ثمرة على كل واحد من قولي **مالك** في ضمان السلعة الغائبة.

وهذا الذي ذكره من إثبات كونه موجوداً حين العقد مبني على إحدى الطريقتين في استصحاب الحال اللاّحقة أو السّابقة. فإذا كانت السّلعة الغائبة حين حاول المشتري قبضها لمّا خرج إليها، فكأنّها لم تزل معدومة استصحاباً لهذا الحال الحاصل الآن، فيكون على البائع إثبات كونها عند العقد موجودة، لا سيّما أنّ المشتري لا يتحقّق كون البيع منعقداً، لأنّ من شرطه أن يصادف

مبيعاً موجوداً، ووجوده لم يتحقق. لكن إذا قلنا باستصحاب الحال السّابقة، وهي كونه موجوداً عند البائع قبل انعقاد البيع، فاستصحاب هذه الحال يقتضي كون إثبات عدم السلعة حين العقد على المشتري.

وقد اختلف في المسألة المذكورة في **المدوّنة**، في كتاب الردّ بالعيب، وهي اختلاف البائع لعبد تبرّأ من إباقه فأبق في الثلاثة أيام، ثم وجد بعدها ميتاً، فزعم البائع أنّه كان حيّاً أيام العهدة، وأنّه إنّما مات بعدها، ليكون ضمانه من المشتري، وزعم المشتري أنه مات في عهدة الثلاث ليكون ضمانه من البائع. فالقولان من هذه المسألة مبنيان على استصحاب الحال الموجودة الآن. فتكون البيّنة على البائع أنّه لم يمت إلاّ بعد أيّام العهدة، أو يستصحب حال كونه حين البيع حيّاً، فيكون على المشتري إثبات كونه[1] في أيّام العهدة.

وقد ذكر **ابن القاسم** في اختلاف البائع لعبد على الخيار فوجد ميتاً بعد أيّام، فزعم البائع أنّه مات بعد انقضائها ليكون في ضمان المشتري حين الموت، وزعم المشتري أنّه إنما مات في أيّام الخيار، ليكون في ضمان البائع. فذكر **ابن القاسم** أنّ القول قول البائع. وهذا بناء منه على استصحاب الحال السّابقة، وهي كون العبد حيًّا حين انعقاد البيع. بخلاف ما بني عليه الأمر في **المدوّنة**، في مسألة بيع الغائب، وهذا يشعرك بحصول الاختلاف في هذه المسائل التي بنيت على هذا الأصل.

فأمّا/ اختلاف المتبايعين لسلعة غائبة في عيب اطّلع عليه المشتري حين القبض فزعم أنّه كان بالسّلعة قبل العقد عليها، ليردّ به على البائع ما اشتراه. وزعم البائع أنّه إنّما حدث بعد العقد. فإنّه في **المدوّنة** لما سئل عن هذا أضرب عنه، وذكر حكم اختلافهما في كون السّلعة معدومة حين العقد. ولكن **ابن حبيب** ذكر ها هنا أنّ هذا العيب يحمل على أنّه حادث بعد العقد حتى يثبت أنّه سابق العقد. وأشار بعض أشياخيّ إلى أنّ هذا مخالف **لمذهب المدوّنة** إذ لا

---

(1) أي: مات.

فرق بين اختلافهما في كون جملة السّلعة موجودة حين العقد أو معدومة، أو اختلافهما في هذا النقص، الذي هو العيب، هل كان هذا الجزء موجوداً حين العقد أو مفقوداً؟ وذكر ابن حبيب أنّ هذا مذهب ابن القاسم في حمله على الحدوث، كما يحمل عيب اطّلع عليه في سلعة حاضرة اشتريت، واختلف فيها البائع والمشتري: وهل[1] هو حادث أو قديم؟ فإنّه يحمل على كونه حادثاً عند المشتري، إذا شكّ فيه، لكون المشتري مقرًّا بانعقاد البيع يدّعي ثبوت ما يخلّه فلا يصدّق.

وكذلك اختلافهما في العيب المطلع عليه في السّلعة الغائبة.

وأشار بعض المتأخّرين إلى أنّ **ابن القاسم** فرّق بين اختلافهما في ذهاب جملة السّلعة حين العقد وذهاب جزء منها. ولم يشر إلى الفرق.

وعندي أنّ الفرق بينهما أنّ اختلافهما في كون السّلعة الغائبة موجودة حين العقد أو معدومة، اختلاف في كون هذا البيع انعقد وحصلت حقيقته، أو لم ينعقد أصلاً، إذ العدم لا يعقد عليه، والأصل عدم العقد، فَصُدِّق المشتري فيه.

وإذا كانت السّلعة موجودة حين العقد، وإنّما اختلفا في حصول جزء منها حين العقد أو عدمه، وقد اتفقا على أنّ ها هنا عقد ومعقود عليه، ويدّعي المشتري ما يحله بدعواه أنّ العيب كان قديماً قبل العقد، فلا يصدق، كما لا يصدّق في العيوب المشكوك فيها.

وممّا ينخرط في هذا السلك ما ذُكِر من الخلاف فيمن اشترى سلعة على رؤية تقدّمت، فلّما حاول قبضها زعم أنّها تغيّرت عمّا كان رآها عليه، وزعم البائع أنّها لم تتغيّر، وشكّ في صدق كل واحد منهما. فإنّ مذهب **مالك** رضي الله عنه أنّ القَول قول البائع. وإليه مال **ابن القاسم** لأجل أنّ البيع منعقد والمشتري يدّعي حلّه، والعين موجودة وهي الّتي وقع عليها العقد، فلا يصدق المشتري في حلّ عقده عليها. وذهب **أشهب** إلى أنّ القول قول المشتري في أنّها تغيّرت عليه، إذا لم يقرّ إلاّ بشراء سلعة على صفة معلومة عنده، فلا يؤخذ بأكثر ممّا أقرّ به.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الأوْلى حذف الواو.

وعلى هذا جرى الأمر في الاختلاف المذكور في **المدوّنة** فيمن اشترى جارية بها ورم، فلمّا رآها زعم أنّ الورم زاد، وزعم البائع أنّه لم يزد، فإنّ مذهب **أشهب** أنّ القول قول المشتري بناء على أنّه لا يؤخذ بأكثر ممّا أقرّ به. ومذهب **ابن القاسم** أنّ القول قول البائع لكون المشتري مقرًّا بعقد يدّعي حلّه.

واختلاف **ابن القاسم وأشهب** في هذا الأصل في تبعيض مثل هذا الإقرار/ مشهور في مسائل كثيرة.

ولو اختلف المتعاقدان لسلعة غائبة لمّا حضرت: هل هي مطابقة للصّفة التي عقد البيع عليها، أو مقصّرة عن ذلك؟ مثل أن يقول البائع: بعتك أمّة غائبة على أنها عوراء، فيقول المشتري: بل على أنها بصيرة، فإنّ القول قول المشتري لأنّه لم يعترف بالعقد على هذه السّلعة التي حضرت بعد مغيبها، بل صار كأنّه إنّما أقرّ بشراء سلعة غيرها فلا يؤخذ بغير ما أقرّ به على حسب ما قدّمناه في كتاب السّلم في حكم اختلاف المتبايعين.

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه: ويجوز النقد فيه من غير شرط. فإن كان بشرط فسد العقد، إلاّ في المأمون كالعقار ونحو ذلك.

وبيع[1] الأعدال على البرنامج جائز إذا بيّن ما تضمنه برنامجه فإن وافق الصفة لزم.

قال الإمام رحمه الله يتعلّق بهذا الفصل ستة أسئلة، أن يقال:

1 ـ هل يجب النّقد في بيع الغائب؟

2 ـ وهل يجوز اشتراطه؟

3 ـ وهل يجوز التأجيل فيه؟

4 ـ وهل تجوز الإقالة في بيع الغائب؟

5 ـ وهل يجوز التطوّع بالنّقد؟

---

(1) في غ سقطت الواو، وفي الغاني أُبدلت كافاً ـ كبيع ـ.

6 ـ وما حكم بيع البرنامج؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال:

أما وجوب النقد في السّلعة الغائبة، من غير اشتراط نقد الثمن أو وقفه، فإنّه لا يخلو ذلك من قسمين:

أحدهما أن يكون المبيع الغائب ممّا يجوز اشتراط النقد فيه ويؤمن هلاكه، أو يكون ممّا لا يؤمن عليه الهلاك. فإن كان ممّا يؤمّن عليه الهلاك، كالدّيار والعقار، فقد اختلف الأشياخ في وجوب القضاء على مشتريها بنقد الثمن. فذهب الشيخ **أبو بكر ابن عبد الرحمٰن** إلى أنّه يجب على المشتري نقد ثمنها، كما يجب ذلك عليه في شراء سلعة حاضرة. لأجل أنّ ضمان العقار من المشتري من غير اختلاف، على ما ذكره في **المدوّنة**، وذكره **ابن حبيب** على حسب ما قدّمناه ونبّهنا على وجود الخلاف فيه عن مالك رضي الله عنه في **كتاب ابن الموّاز**. وإذا كان المشتري يضمن المبيع من العقار الغائب بالعقد، فوجب عليه النّقد وصار العقار لكونه مأموناً هلاكه كالسّلعة التي قضي على مشتريها بدفع ثمنها.

وذهب الشيخ **أبو عمران** إلى أنّ نقد الثمن لا يجب، إلاّ أن يشترط في العقد عليها، لكون مشتريها غير متمكّن من قبضها وهي بيد بائعها كالرّهن لكونه أولى بها إذا أفلس مشتريها أو مات. وقَدَّر أنّ إمكان التّمكين من السّلعة الحاضرة حاصل، وإمكان التّمكين من السّلعة الغائبة حين العقد لا يصحّ ولا يمكن. وهذا الذي قاله الشّيخ **أبو عمران** قد يشعر به ما قاله **ابن حبيب** في الرّباع الغائبة إذا بيعَت أنّه لم يختلف **مالك** وأصحابه في كون ضمانها من المشتري. قال: وذلك يجوز بشرطَ النّقد فيها. وكذلك **ما** قربت غيبته من العروض التي يجوز شرط النّقد فيها. فقوله: تلك يجوز شرط النقد فيها ظاهره أنّه لا يجب النّقد، إذ لو كان واجباً لاستغنى عن ذكره. وأمّا إشارته إلى أنّه لا يختلف في العروض والحيوان القريب الغيبة أنّ ضمانه من مشتريه، كالعقار، فإنّه خلاف **ما**

أشار إليه **ابن القاسم** في **المدوّنة** من أنّ الخلاف في ضمان العروض والحيوان والطعام حاصل سواء قربت غيبته[1] ذلك أو بعدت.

ولأجل ما أشار **ابن القاسم**/ من كون الخلاف في العروض القريبة الغيبة هل يضمنها مشتريها بالعقد أم لا؟ اتّفق الشيخان **أبو بكر** و**أبو عمران** على أنّه لا يجب النّقد فيها لأجل الخلاف في ضمانها، كما لا يجب النّقد في العروض البعيدة الغيبة، بغير خلاف، ولو كان الشيخ **أبو بكر** يرى رأي **ابن حبيب** في كون الضّمان فيها من المشتري لا يختلف فيه، لأوجب النّقد فيه كما أوجبه في العقار.

وأمّا ما بعدت غيبته ممّا سوى العقار فلم يختلف في أنّ النّقد لا يجب فيها لأنّ **ابن حبيب** وغيره يسلّم أن تلك اختلف قوله فيها اختلافاً مشهوراً عنه.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

أما اشتراط النّقد في بيع الغائب في العقار فإنّه جائز على ما قدّمناه من أنّ **مالكاً** لم يختلف قوله في ذلك.

وأمّا ما بعدت غيبته ممّا سوى العقار فإنّه لم يختلف أيضاً في منع اشتراط النّقد فيه لأجل كونه غير مأمون عليه الهلاك، فإذا شرط النّقد في العقد فقد تعرّض المتعاقدان إلى سلف جرّ منفعة، لأنّ المبيع الغائب إن سلم حتى يقبضه مشتريه كان الثّمن المنقود عوضه. وإن كان لم يسلم وجب ردّ الثّمن على دافعه، فصار كأنّه أسلفه لقابضه ينتفع به حيناً ثم يردّه. وقد تقدّم بيان المنع من عقد يكون الثمن فيه تارة بيعاً وتارة سلفاً.

ولو كان ثمن الغائب ثوباً أو داراً ما جاز اشتراط انتقاده، وإن كان معروف العين يرد بعينه إذا بطل العقد بهلاك الغائب، ولا يتصوّر فيه السّلف، لما أشار إليه **مالك** رضي الله عنه من أنّ الثّوب يلبسه الذي انتقده ويبيعه، وكذلك الدّار

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: غيبة.

يسكنها فإذا انفسخ العقد بهلاك السّلعة الغائبة ذهبت هذه المنفعة بغير عوض، وقد كان دفعها على حكم المعاوضة، فصار ذلك مخاطرة وغرراً.

لكن إذا كان الذي مَنعَنا شرطَ النّقد في حكم التّبـع لغيره فإنّه قد أجيز شرط النّقد فيه. كبستان بيع وفيه حيوان فإنّ اشتراط النّقد يجوز فيه، لكون الحيوان تبعاً له ومن مصلحته. كما قيل: إن فيه الشفعة، ولو انفرد لم تكن فيه شفعة.

وأما إن كانت العروض والحيوان والطّعام قريب الغيبة، فإن اشتراط النّقد فيه جائز. لكن اضطرب المذهب في حدّ القرب في هذا الذي يجوز معه اشتراط النّقد. فذهب **ابن القاسم وأشهب** إلى أن ما كان من العروض والطعام والحيوان على مسافة يومين فإن اشترط النقد فيه جائز. روي عن **مالك** رضي الله عنه في الحيوان أنّه لا يجوز اشتراط النّقد فيه، قرب أو بعد، قولاً مطلقاً في ذكر القرب. وروي أيضاً عنه في الطّعام والحيوان أن القرب البريد والبريدان. وهذا كلّه دائماً المعتبر فيه الأمن من هلاك الغائب أو التخوّف منه. ولهذا أشار **مالك** رضي الله عنه في الطّعام بأنْ قال: يسرق ويصيبه المطر فيفسد، فينبغي على مقتضى الذي أشار إليه أن تعتبر قرائن الأحوال في كلّ صنف من هذا حتى يتحقق الأمن أو يشتدّ الخطر والخوف من هلاك المبيع.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

يجوز أن يكون ثمن السّلعة الغائبة المبيعة سلعة معيّنة، ليس بدين مستقرّ في الذمّة. فهي في هذا كالحاضرة المبيعة لكن ذكر في كتاب/ كراء الدّور من **المدوّنة** أنّ التأجيل إنّما يجوز بشرط أن تكون مسافة الغائب لا يحلّ أجل الثّمن قبلها، وأنّه إذا حلّ قبل قبض المشتري له ووصوله إليه وجب[1] نقد ما حلّ أجله صار ذلك كاشتراط نقد في الغائب، وذلك لا يجوز.

ومقتضى هذا التعليل أنّهما لو اشترطا في هذا الأجل القصير أنّ الأجل إذا حلّ يوقف الثمن حتى تقبض السّلعة الغائبة لجاز ذلك. والتأجيل في ثمن السّلعة

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب ووجب.

الغائبة جائز، على حسب ما قلناه، دنانير كان أو غيرها، من مكيل أو موزون أو عرض موصوف في الذمّة. ولا يتصوّر فيه أنّ هذا الثمن إذا كان عرضاً في الذمّة إلى أجل صار رأس المال فيه السّلعة الغائبة الّتي تأخّر قبضها، وتأخير رأس مال السلم لا يجوز، لأنّ السّلعة الغائبة لمّا كانت معينة ليست بدين في الذمّة، ولا يقدر على تعجيلها، لم يتهّم العاقدان على أنّهما أخذا عوضاً عن ضمان، كما يتصوّر ذلك فيمن باع سلعة معيّنة بشرط ألاّ يقبضها المشتري إلاّ إلى أمد بعيد، لأنّ قبض هذه بفور العقد يجوز ويسوّغه الشّرع، فعدولهما عن تعجيل ما يقْدِران على تعجيله ويسوّغ الشّرع تعجيله، قصدٌ إلى التزام البائع ضمان السّلعة إلى أجل بزيادة زادها في الثّمن، وذلك لا يجوز كما قدّمناه في مواضعه. وقد ذكر في **المدوّنة** فيمن اكترى داراً سنة بسلعة غائبة أنّ ذلك جائز، على ما قلنا، لكون السّلعة الغائبة معينة والمنافع كثمن لها مؤجّل، فلا يمنع من ذلك. لكن اختلف المتأخرون في مبتدإ هذه السّنة هل يحسب ذلك من يوم العقد لِهذا البيع، أو من يوم القبض للسّلعة الغائبة؟ فمن ذهب إلى أنّه يحسب من يوم العقد أعطى اللّفظ حقّه وأجراه مجرى كراء الدّار بسلعة حاضرة سنة كاملة، فإنه يكون مبتدأ السّنة من وقت العقد، فكذلك هذا. لكنّهما يفترقان من جهة أخرى فإنّه منع في **المدوّنة** في هذه السّلعة أن يشترط الشروع في السكن حين العقد، لأنّ اشتراطه ذلك اشتراط النقد عن سلعة غائبة، وقد قدّمنا أنّ ذلك لا يجوز، فيعتبر مقدار المسافة عند هؤلاء، فإن كانت شهراً وقف مكتري الدّار عن سكناها شهراً، انتظاراً لقبض السّلعة، فكان ذلك ساقطاً من العقد، وكأنه إنّما اكترى الدّار أحد عشر شهراً، وعبر عن ذلك سنة لمّا كان ربّ الدّار ممنوعاً من سكناها سنة كاملة، فاستسهل في ذلك العبارة عن كون الدّار اكتريت سنة كاملة.

فإن عاق عائق عن قبض السّلعة الغائبة بعد ذهاب أمد المسافة الّتي يصل بها إلى قبض السّلعة صار ذلك كاستحقاق طرأ أو انهدام فيكون الزائد على قدر المسافة خارجاً عمّا دخلا عليه، فيجري على حكم الاستحقاق فيرجع مكتري الدّار بالسّلعة الغائبة شريكاً في عينها بمقدار هذه الزيادة على أمَد المسافة، أو

يرجع بذلك قيمة على حسب الاختلاف في حكم استحقاق بعض الدّار أو انهدامها.

ومنهم من ذهب إلى أنّ مبدأ هذه السنة من حين القبض، وقدّر أن القبض لمّا لم يتيقّنا وقته، لجواز عائق يمنع من الوصول إليه، صار تعليق هذا العقد بما قبل القبض فيه مخاطرة وغرر، ولا سبيل إلى صرف العقد إلى وجه من الغرر مع القدرة على العدول عنه من غير مشقّة.

وينفصل هؤلاء عمّا يتعلّق به هؤلاء من قول **ابن القاسم في العتبيّة** فيمن اشترى سلعة غائبة بثمن إلى سنة: إنّه لا يجوز/ أن يجعل المتعاقدان مبدأ السّنة يوم قبض السّلعة الغائبة. كمن تزوّج بمائة دينار نقداً ومائة إلى سنة مبدأها بعد البناء، فأشار إلى أن تعليق العقد بزمن قبض السّلعة لا يجوز، لمّا لم يكن زمن القبض معلوماً ولا زمن البناء بالزّوجة.

وقد أشار الشيخ **أبو محمد بن أبي زيد** إلى تعقّب هذه المسألة، وقال: فيها نظر، لأنهم أجازوا أن يتزوّجها بدنانير تحلّ بالبناء، لمّا كان البناء بحكم الزّوْجة، ولها أن تدعو الزّوج إلى الدّخول متى شاءت. وذلك يصير هذا الأمر على الحلول، لما كان موقوفاً على اختيار المرأة، وأنّها متى شاءت دعت الزّوج إلى البناء بها.

وينفصل الآخرون عن هذا بأنّ الأجل في بيع السّلعة الغائبة إذا جعل من يوم العقد لا يغيّر حكم المبيع ولا يسقط منه شيئاً، وها هنا يسقط من السكنى ما لا يعلم حقيقته ومقداره يقيناً، فيصير ذلك غرراً في العقد.

والجواب عن السؤال الرّابع: أن يقال:

قد قدّمنا تنازع الأشياخ في وجوب النّقد في العقار وحكم اشتراطه في العقد. فإن لم يشترط المتعاقدان تعجيله ولا تأجيله وقف على يد أمين حتى يجب قبضه بقبض السّلعة الغائبة. فإن ضاع في خلال الوقف فهو ممّن يقضى له به. فإن سلِمت السّلعة الغائبة حتى قبضها مشتريها أشعر ذلك بأنّ الثّمن كان

موقوفاً لبائعها وكانت مصيبته منه. وإن كانت السّلعة تالفةً حين العقد أشعر ذلك بأنّه لا بيع بينهما، وكان الثمن وقف لصاحبه فمصيبته منه. وإنّما وقف الثّمن لئلا يدّعي المشتري ضياع ما اشترى به، إن كان عرضاً، أو عجز عن أدائه، إن كان عيناً. ومقتضى هذا التعليل أنّه لا يوقف إذا كان عيناً وكان موسراً.

وإذا قضي بوقف الثّمن ووصل المشتري للسّلعة الغائبة إليها وطلب قبضها، فإنه لا يمنع منه انتظاراً لقبض البائع لهذا الثمن الموقوف، لأنّه قد كشف الغيب أنّه له وقف ومصيبته منه بعد الوقف، فلا وجه لمنع مشتري السّلعة الغائبة من قبضها مع كونه بريء من ثمنها. ولو لم يوقف الثمن لكان من حق بائع السّلعة الغائبة أن يمنع من قبضها حتى يبرأ المشتري من الثمن. وإذا منع من اشتراط النّقد وأراد المشتري للسّلعة الغائبة أن يتطوّع بتعجيله لبائعها منه فإن ذلك جائز وإن انفسخ البيع، لكون السّلعة حين العقد كانت موجودة، أو حدث ما يوجب فسخ البيع، على القول أن ضمانها على البائع، فإنّ الذي تطوّع المشتري بتعجيله ونقده يجري مجرى القرض والسّلف. والقرض إنما يرجع بمثله، وإن كان عرضاً، بخلاف أن يشتري سلعة حاضرة بعرض فبطل البيع فإن الرّجوع إنّما يكون بقيمة العرض إذا منع مانع من الرّجوع لفواته وتغيّره، على ما عرف بأحكام الاستحقاق، لأنّه ها هنا مستحقٌّ قبضه بالحكم، والمدفوع هو نفس الثمن، بخلاف ما تطوّع بتعجيله منْ عرض هو ثمن لسلعة غائبة فإن تعجيله قبل وجوب دفعه وأدائه وتمكين مشتريه منه يصيره قرضاً، والقرض يرجع فيه بالمثل، وإن[1] كان عرضاً غير مكيل ولا موزون. وأمّا المكيل والموزون فيستوي الحكم فيه ها هنا إذا كان ثمناً لسلعة حاضرة أو لسلعة غائبة تطوّع بتعجيله، فإنّ البيع إذا انفسخ رجع مثل المكيل والموزون.

/ ولو اشترط المتبايعان أنّ هذا العرض الذي تطوّع بتعجيله يرجع بقيمته إذا انفسخ البيع لمُنِع ذلك، لأنه كبيع سلعة بقيمتها. وهو الذي أشار إليه ها هنا

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف الواو.

من كون ثمن السّلعة الغائبة إذا عجل كان قرضاً هو الجاري على ما كنّا قدّمناه في بيوع الآجال من كون الدّين المعجّل قبل أجله يُعدّ سلفاً من معجّله على حسب ما ذكرناه في مسألة الفرس والحمار المذكورة في **المدوّنة**. وذكرنا الاختلاف في هذا الأصل في المذهب، وأنّه قد قيل: لا يعد التعجيل سلفاً لما نبّهنا عليه ممّا يؤدّي هذا المذهب إليه.

والجواب عن السّؤال الخامس أن يقال:

من اشترى سلعة غائبة فإنّه يجوز له أن يبيعها بمثل ما اشتراها به أو بخلافه. ولكن يجري من اشترى منه حكمه هو في منع اشتراط النّقد إلى غير ذلك من الأحكام التي ذكرناها. وقد ذكر في **المدوّنة** فيمن اكترى داراًبثوب في بيته وصفه، ثم أراد شراءه ممّن اشتراه منه، وهو في يديه، ثم تَصيَّر إلى من باعه منه، أنّ ذلك جائز إذا علم أنّ هذا الثوب موجود حين الصفقة الثانية. وقد تضمّن هذا السؤال جواز بيع السّلعة الحاضرة على الصّفة، إذا كانت بالبلد الذي به المتعاقدان. وقد ذكرنا فيما تقدّم الاختلاف في هذا.

وممّا يسئل عنه ها هنا أن يقال، لم اشترط في هذا الجواب العلم بكون الثوب موجوداً حين الصفقة الثانية؟ وقد أجاب عن هذا بعض المتأخرين بأنّه إذا علم موجوداً حين الصفقة الثانية تيقّناً أنّه ثمن للمنافع الّتي اشتراها بهذا الثّوب. فإذا وقع في المنافع ما يوجب الاستحقاق لبعضها كان الرّجوع في الثّوب لأنّ ما وقع بعده صفقة ثانية لا تعلّق لها بالأولى. وإذا لم يعلم ذلك صار الثمن للمنافع مجهولاً لا يعلم هل هو ثوب أو قيمة إنْ لم يكن موجوداً حين الصفقة الثانية ولزم بائعه قيمته. وقد بسط بعضهم هذا فقال: إنّ بائع هذا الثوب على الصّفة بمنافع دار، لو ادّعى ضياعه لم يقبل ذلك منه إلاّ بعد يمينه على ضياعه، فإن نكل عن هذه اليمين كان مشتري هذا الثوب منه مخيّراً بين أن يفسخ هذا العقد لكون بائع الثوب كالمانع من تسليمه ويغرّمه قيمته، فقد صار عامله في هذه المعاملة الثانية ولا يدري هل ينكل فيكون مخيّراً بين فسخ البيع أو غرامة

القيمة، فيقتضي هذا غرراً في البيع.

وأمّا جواز الإقالة في بيع سلعة غائبة فإنّه اختلف فيها على قولين. فذكر في **المدوّنة** أنّ ذلك لا يجوز. وقدّر أن الثمن دين في ذمّة المشتري للسّلعة الغائبة. فرفع عنه السّلعة الغائبة لما أقال فيها، وأخذ سلعة غائبة عن دين يمنعه **ابن القاسم**، ويجيزه **أشهب**. فمضى **ابن القاسم** على أصله في منع الإقالة ها هنا، للعلّة التي نبّهنا عليها. وأجازها **أشهب ويحيى بن عمر**. واختلف طريقتهما فبنى **أشهب** الجواز على أصله في أخذ سلعة عن دين. وأشار **يحيى بن عمر** أنّ هذا ليس كأخذ سلعة غائبة عن دين وأن الذمّة ها هنا تبْرَأ.

وإذا قلنا: إنّ الإقالة حلّ للعقد من أصله وضح ما أشار إليه **يحيى**. وإن قلنا: إنها ابتداء بيع حسن إجراء الخلاف فيها على ما نبّهناك عليه من مذهب **أشهب وابن القاسم**.

وقد اختلف أيضاً في مذهب **ابن القاسم** ها هنا هل هو مبني على قولي **مالك** جميعاً في/ ضمان الغائب هل هو من البائع أو من المشتري أو إنّما بني على القول بأنّ ضمان السّلعة الغائبة من مشتريها؟ فذهب **ابن الموّاز** إلى أنّ ذلك مستمرّ على قولي **مالك** جميعاً في ضمان الغائب. وذهب **سحنون** إلى أنّ هذا إنّما يستمرّ على أحد قولي **مالك** في ضمان السّلعة الغائبة من مشتريها، لأنا إذا قلنا: إنّ ضمانها من مشتريها اتّضح كون الدّين مستقرًّا في ذمته. وإذا صار مستقرًّا في ذمته منع من أن يأخذ عنه سلعة غائبة. وإذا قلنا: إن ضمان السّلعة الغائبة من بائعها حتى يقبضها مشتريها سالمة لم يتّضح كون الثّمن استقرّ في الذمّة لما يجوز من الطوارىء على السّلعة الغائبة الموجبة لحل العقد. فأمّا كونها موجودة حين العقد فهما معتقدان الوجود، والمشتري مصدّق في ذلك فكأنّهما دخلا على أن الثمن مقدّر في الذمّة لكن ما يطرأ عليها أمر مجوّز لا أمان لهما منه، فحسن الالتفات فيه إلى حكم الضمان. وقدّر **ابن الموّاز** أنّ الأصل وجود السّلعة واستصحاب سلامتها يجب، فيقدّر ها هنا أنّ الثّمن مستقرّ في ذمّة

المشتري لا يمنع من كونه في حكم المستقرّ في الذمّة ما يجوّز ها هنا ممّا هو خلاف مقتضى استصحاب الحال. وقد انتصر **سحنون** بأنّ الجارية إذا بيعت على المواضعة، وتقايل فيها المتبايعان، فإن ذلك جائز، لكون الأمة لا استبراء فيها على مشتريها بل ترجع إلى يد بائعها في الحال، فلم يأخذ عن دين إلا سلعة قبضت في الحال، فلم يمنع ذلك. لكنّهما لو تقايلا عن زيادة زادها البائع أو زادها المشتري لوجب وقف الزيادة حتى تعلم سلامة هذه الأمة من الحمل، لئلا يظهر بها حمل يوجب ردّها على بائعها فيكون (بياض)[1] والزيادة قد انتفع به، ثم وجب ردّه فيصير تارة ثمناً وتارة سلفاً. وهذا يقتضي الالتفات إلى تَجويز ما يطرأ على العقد ممّا يوجب حله.

وقد تأوّل **يحيى** مسألة الإقالة من الأمة الّتي في المواضعة بزيادة، على أنّ بائعها قد وطئها فيجب ردّ البيع على كل حال لكونها قد ظهر أنّها أمّ ولد، وأمّ الولد لا تباع. وإذا وجب ردّها صار انتقاد الزيادة تارة بيعاً وتارة سلفاً.

ورأى بعض الأشياخ أنّ الرّواية تحمل على الإطلاق ولا يفترق الحكم بين أن يكون بائعها وطئها أم لم يطأها، لجواز أن يكون وطئها غيره فيظهر بها حمل فيكون لمشتريها الردّ به، كعيب اطّلع عليه لم يعلم به حين العقد.

وهذا الذي ذكره بعض الأشياخ قد ينفصل عنه **يحيى** بأنّ الحمل إذا كان من السيّد وجب ردّها شرعاً، وإن اختار المشتري التمسّك بها، وإذا كان الحمل من غير السيّد جاز للمشتري التمسّك بها وإذا تمسّك بها لم يجب عليه ردّ الزيادة شرعاً، فلا يقدر ها هنا كون هذا البيع قد انكشف أنّ الثّمن فيه تارة سلفٌ وتَارة بيعٌ.

وقد تردّد بعض الأشياخ في هذه المسألة إذا حدث عيب في المواضعة بعد أن تقايلا على زيادة، هل لبائع الجارية أولا أن يردّ بهذا العيب الحادث في المواضعة ليبطل هذه الزّيادة؟ لكونه إنّما زاد في سلعة سالمة من العيوب أو

---

(1) بياض بالنسختين مقدار كلمة.

يسقط في ذلك لكون العيب الحادث في المواضعة وضمانه منه وإذا كان ضمانه منه سقط/ مقاله ها هنا في هذا العيب لكونه لم يحدث في ضمان المشتري الذي ردّ عليه هذه الأمة.

والجواب عن السّؤال السادس أن يقال:

قد قدّمنا تقسيم ما يباع على الصّفة دون المشاهدة واشتمل التّقسيم على بيع ما في الأعدال من ثياب على البرنامج. وذكرنا أنّ المشهور من المذهب جواز ذلك. وقد قال **مالك** في موطئه: إنه من عمل الناس. وحكى **ابن شعبان** في مختصره أن هذا البيع لا يجوز. وأشرنا، فيما تقدّم، إلى النّكتة الّتي تعتبر في هذا من الضرورة الدّاعية إلى العدول عن المشاهدة إلى الصّفة، مع كون المشاهدة أبلغ في الإحاطة بالمبيع. فينظر هل في حلّ الإعدال ونشر ما فيها، ثم ردّه إليها، شدّة كلفة ومشقة تبيح الاقتصار على الصّفة دون المشاهدة أم لا؟

وإذا تقرّر حكم جواز هذا البيع على المشهور من المذهب، فإنّ المشتري إذا انصرف بالعدل مشدوداً وفتحه مُخْلِياً، فزعم أنّ وجوده[1] دون ما عدّد البائع في برنامجه، أو على غير الصفة، فأنكر ذلك البائع. فإنّ القول قول البائع، إذا أخذه على تصديق البائع فيما وصفه به، مع يمينه، لكون المشتري قبضه على تصديق البائع في صفة ما سلّمه إليه. كمن دفع دنانير، هي دين عليه لمستحقها، فقبضها منه على تصديقه في وزنها وطيبها، فإنّ القَول قول دافعها. فإن ثبت أنّه وجد نقصاً من عدد الثياب الذي ذكر البائع عددها، فإنّه ذكر في **المدوّنة** أنّ ذلك كطعام يشترى على مبلغ من الكيل فيوجد دون ذلك. ومراده بهذا التشبيه على المعروف من مذهبه أنّ الرّجوع يكون بمقدار النّقص في الثياب، على النّسبة العددية لا على التّقويم، كالطّعام، فإنه إذا استحقّ منه مكيلة وجب للمشتري الرّجوع بها في الثمن الذي دفع، فإنّما يقضى في ذلك بالنسبة العدديّة، كاستحقاق عشرة من مائة في الطّعام يرجع بعشر الثّمن. ولو كانت مائة ثوب

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: «وجوده».

فاستحقّ منها عشرة لرجع بقيمة العشرة المستحقّة، كانت أكثر من عشر الثمن أو أقلّ. وهذا لأنّ الطّعام متشابه الأجزاء فالذاهب منه كالباقي، والعدد فيه والتقويم يجريان مجرى واحداً. والثياب إذا اشتراها المشتري وهي معينة فاستحق منها عشرة، فإنّ العشرة المستحقة مشاهدة، والمشاهد يقوم بما يتصوّر من اختلاف قيم الثياب وإن تقاربت. وإذا باع العدل على عدد موصوف، فانتقص منه شيء، فإنّ الذي انتقص غير مشاهد، وما لم يشاهد لا يقوم، مع كونه إنّما عقد البيع فيه على أنّه على صفة ما بقي. فالعدد هو المعتبر لكون الذّاهب والباقي ها هنا من الثياب المبيعة على البرنامج لِتشابه الأجْزاء مثل الطعام. وقد كنّا قدّمنا في كتاب الردّ بالعيب أن **أشهب** ذكر في مشتري عشر شياه فوجد منها تسعة غير ذكيّة، أنّ الواحدة الباقية تلزمه، وإن كان جلّ الصفقة قد استحق عليه. وأنه قد قيل في ثوبين اشتريا لا يباع أحدهما مرابحة على الفضّ والتقويم، لكون الجملة يزاد في ثمنها. وكأن هذا على النّقض ممّا قال **أشهب**. وإنّما المعتبر فيه قصد التجّار إلى الزّيادة في الثّمن لأجل الجملة، حتى يعلم منه أنّ ما استحقّ من الجملة يبخس عندهم ثمن الباقي أوْ لا يبخس. ولهذا كان المشهور أنّ الطّعام إذا استحقّ منه النّصف فإنّ للمشتري ردّ القيمة، لكون/ التجّار يؤثر عندهم استحقاق النّصف، بخلاف استحقاق نصف الثياب فإنّه لا يؤثّر عندهم. فيجب صرف هذه التّفرقة الّتي ذكروها. وتحديد قدر المستحقّ إلى ما عند التجّار في هذا هل يؤثّر عندهم ذلك في الرّغبة في الصّفقة أو لا يؤثّر؟ هذا حكم النّقص في بيع البرنامج.

وأمّا حكم الزّيادة مثل أن يبيع عدلاً على أنّ فيه خمسين ثوباً فيجد فيه إحدى وخمسين[1] ثوباً. فإنّه اختلف قول **مالك** في ذلك فقال مرّة: يكون البائع شريكاً بجزء من اثنين وخمسين جزءاً. ثم قال: يردّ ثوباً كعيب وجده. فقال **ابن القاسم**: فقلت له: أفلا يكون شريكاً بجزء من اثنين وخمسين جزءاً؟ فانتهرني

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: اثنين وخمسين، كما يقتضيه النص الوارد بعدُ.

وقال لي: يردّ ثوباً كعيب وجده. فاختار **ابن القاسم** قوله الأوّل.

واختلف المتأخرون في تأويل قَوله: يرد ثوباً كعيب وجده. فقال بعضهم: يردّ المشتري أيّ ثوب شاء. لأنّه إذا ردّ ثوباً، اختار ردّه، بقي الباقي مطابقاً للصفقة الّتي عقد البيع عليها، فلم يكن للبائع مقال.

وقال بعضهم: بل يردّ ثوباً وسطاً منها ليكون ذلك عدلاً بينهما.

وأشار بعضهم إلى أنّه إذا ردّ ثوباً بحكم اختياره، فإنّه يقوّم، فإن صادفت قيمته كونها جزءاً من الجملة التي هي اثنان وخمسون لزم ذلك البائع. وإن كان الثّوب أكثر من قيمة الجزء الذي يكون فيه شريكاً أو أقلّ من ذلك، وقعت المشاركة في الثوب المردود إن زادت قيمته على التّجزئة، أو وقعت المشاركة في ثوب آخر إن كانت القيمة أنقص.

وممّن سلك هذه الطريقة من رأى أنّ النّقص والزيادة لا تقع بهما مشاركة وإنّما يقضى فيهما بالقيمة، دنانير كانت أو دراهم، لأنّ المحاكمة إنّما قصد بها انفراد كل واحد بملكه، فإذا وقعت المشاركة خرج الحكم عمّا قصد إليه المتبايعان.

وأشار بعضهم إلى اختلاف قول **مالك** رضي الله عنه ربّما صرف إلى كون التقويم لا بد منه. وإنّما قال مرّة: إن ثبوت المردود مصروف إلى اختيار المشتري ثم يقوّم، وقال مرّة: ليس ذلك بمصروف إلى اختياره، بل إلى ما تخرجه القرعة، كما يفعل في وارثين ورثاً ثياباً، وأرادا رفع الشركة فإنّما ترفع بالقرعة.

فصل يشتمل على مسائل في **المدوّنة** في كتاب بيع الغائب.

فمنها: قوله بإجازة شراء ممرّ في دار. وقد كنا نحن نبّهنا في كتاب البيوع الفاسدة على أنّه ما يحرم تملكه لا يجوز بيعه كالخمر والخنزير، لأنّ المنفعة إذا كانت موجودة، ولكنّ الشّرع حرمها ومنع منها، فإنّ المعاوضة تكون من أكل المال بالباطل. وكذلك إذا كان المبيع يصحّ تملكه ولا منفعة فيه في الحال،

كدار تباع أو عبد كبير يباع، فإنّ ذلك ممّا ينتفع به في الحال والمآل، وما لا ينتفع به في الحال كطفل رضيع يباع، فإنّه ينتفع به في المآل دون الحال، فإنّ البيع فيه لا يجوز لعدم المنفعة أيضاً. ولهذا قال **أشهب** في هذه المسألة: إنّما يجوز البيع إذا كان مشتري هذا الممرّ يتوصّل به إلى ما ينتفع به، كأرض له يصل لينتفع بها من هذا الممرّ.

وهذا الذي قاله تأويل لا بد من حمل ما في **المدوّنة** عليه. لأنّه إذا كان يشتري خطوات يخطوها في دار إنسان ذاهباً وراجعاً لا يتوصّل بها إلى ما ينتفع به في الحال، أو يعلم أنّه سيكون في المآل، فإنّ هذا من/ إضاعة المال. وإذا كان يتوصّل بذلك إلى ما ينتفع به في المآل، وكان هذا شرطاً في صحّة هذا البيع، فإنّه لو استحقّ هذا المنتفَع به الذي اشتُرِي الممرُّ إليه، فإنّ البيع في الممرّ يبطل، لكون استحقاق هذا يشعر بأنّ المبيع عقد على أمر لا منفعة فيه، وذلك من إضاعة المال. وقصارى ما في هذا الجهل بشرط صيغة هذا البيع، أو اعتقاد حصوله، فكشف الغيب أنّ هذا الاعتقاد باطل، فينقل الحكم في هذا إلى أصله، وهو كون المشتري أضاع ماله، كمشتري أرض بها زرع لم يبد صلاحه فإنَّ ذلك جائز. فلو استحقّت الأرض لبطل البيع في الزّرع، لكون جوازه من شرطه كونه تبعاً للأرض، فإذا كشف الغيب أنّ العقد إنّما وقع على مجرّده انتقل الحكم إلى أصله في منع بيع الزّرع قبل أن يبدوَ صلاحه.

وقد ذكر في هذا الكتاب في **المدوّنة** فيمن باع عموداً عليه بناء للبائع: أنّ ذلك جائز. والذي ذكره من جواز هذا يفتقر إلى شرطين: أحدهما أن يكون هذا البيع لا يتضمّن إضاعة مال وفساده، مثل أن يكون البناء الذي على العمود كثير مقداره، كثير ثمنه بحيث يعلم أن هدمه وإفساده والعوض عن هذا ثمن نزر يأخذه في العمود لا يفعله إلاّ السفهاء ومن لا ميز له ولا يحسن تدبير المال. فإذا كان الأمر خارجاً عن هذا الغرض، صحيحاً، يراه العقلاء الرشداء من حسن النظر جاز هذا البيع. والشّرط الثاني: أن يكون يؤمَن على العمود إذا قلع ونقل عن مكانه من فساده وكسرِه، فإنّه إذا لم يؤمن من ذلك عليه صارت المعاوضة

عنه كالمعاوضة عن شيء لا يعلم المشتري هل يحصل له أم لا؟ أو على أي صفة يحصل.

وأمّا حكم إجارة زوال البناء فإنا نقرّر في ذلك مقدّمة إليها يسند النظر في هذا الحكم. وذلك أنّه قد تقرّر أنّ المبيع على البائع التّمكينُ منه. فإذا لم يمكن المشتري منه مع دفعه الثّمن وبذله، صار كغاصب غصب المشتريَ هذا المبيع، ولم يستحق العوض عنه. وقد كنّا قدّمنا في كتاب الردّ بالعيب الكلام على أحكام الضمان في السّلعة المحتبسة بالثمن، وكذلك نبّهنا على هذا في هذا الكتاب الذي نتكلم عليه وهو ضمان بيع الغائب. ولكن قد يحصل التمكين من المبيع ولكنّ التمكين من قبضه والانتفاع به لا يصحّ، كما صوّرناه في بيع الغائب، وأنّ البائع، وإن مكّن المشتري منه، فإن المشتري لا يتمكّن من قبضه بفور العقد. فهذا العمود إذا بيع وعليه بناء للبائع فإنّ البائع عليه أن يمكنه من المبيع على حال يتمكن المشتري فيه من القبض، ولا يحصل التمكين من ذلك إلاّ بزوال ما عليه من البناء. فعلى البائع هدم ما عليه من البناء ليحصل للمشتري التمكّن من المبيع. فإذا هدم ما عليه فقد ذكر في غير **المدوّنة** أن أجرة القلع على البائع.

وأشار بعض الأشياخ إلى استبعاد هذا وأنّ قائله يريد بأجرة قلع العمود أجرة زوال ما عليه من البناء ليتمكّن المشتري من قبضه. ولا وجه لاستبعاد ما وقع في هذه الرّواية من كون أجرة القلع على البائع لأنّ العمود إذا كان منشوباً في الأرض يفتقر تحصيله وهو في ملك البائع، إلى أجرة، صار التّمكين على البائع ليخلص للمشتري الملك المبيع/ ها هنا، كما عليه إزالة ما على العمود ليخلص للمشتري المبيع. وإن كان هدمُ ما على العمود أوضح في هذا لكون المشتري لو تمكّن له قلع العمود بما عليه لم يملك جميع ذلك، ولم يسقط ملك البائع عن ما على العمود. والأرض المنشوب فيها العمود ليست على العمود ولا ينقلع العمود وعليه شيء منها.

وكذلك لو بيع سيف محلّى فاستثنى البائع حليته، فإنّه يقضى على البائع بإزالة الحلية ليتمكّن المشتري من قبض السّيف مجرَّداً منها. فالحلية كالبناء والحكم فيهما واحد.

لكن لو وقع البيع في البناء الذي على العمود، أو الحلية المركبة على السّيف، لكان هذا على القولين فيمن باع صوف غنمه وهو على ظهورها، أو ثمر نخل وهو في أغصانها. فإنّه اختلف في إزالته عن ظهور الغنم وأغصان الشجر، هل هو على البائع، لأنّه وإن تمكّن المشتري من الثّمر والصّوف، فعليه أن يصيّره إلى حال يتمكّن المشتري ممّا مكّنه منه. أو على المشتري لأنّ البائع يطالب[1] بأكثر من التّمكين، وهو قد فعله، فتكون الإجارة في ذلك على المشتري.

ولو باع شاة واستثنى جلدها فإنّ ظاهر المذهب أنّ الذبح على المشتري يذبحها لنفسه، ثم يختلف عندي في السّلخ. فإن قلنا: إنّ المستثنى مشترى جرى ذلك على القولين في شراء صوف الغنم وهو على ظهورها. وإن قلنا: إن المستثنى مبقىً على ملك البائع كان السّلخ على البائع، ولو ذبحت، ليحصُل لكلّ واحد ما ملكه منها. وقيل: إن الإجارة عليهما جميعاً، يجرى ذلك على القولين في كونهما بينهما نصفين أو على قدر الأموال.

كما اختلف في حارس الأندر، هل إجارته على قدر الأموال المحروسة أو على عدد المالكين لها. وذكر في المدونة في هذا الكتاب جواز شراء غرز جذوع في حائط. وهذا إن وقع العقد فيه على التّوقيت إلى أجل معلوم فهو إجارة تجري على حكم إجارة دار السّكنى، فإنّها إن انهدمت بطل العقد فيما بقي من المدة. وكذلك إن انهدم هذا الحائط بطلت الإجارة التي عقدت في غرْز الخشب فيه في باقي المدّة. ولو شرط غرزها على التأبيد لكان ذلك كشراء الرقاب التي يملك المشتري ما اشتراه على التّأبيد. وكأنّ المشتري لِحمل هذه الجذوع اشترى حملها له في ذمة البائع. فلو هدم الحائط لكان على صاحبه إعادته ليغرز

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب: لا يطالب.

صاحب الخشب خشبه فيه. كما على صاحب السفل أن يبنيه إذا انهدم ليحمل صاحب العلوّ علوّه عليه.

وذكر في **المدوّنة** في هذا الكتاب جواز بيع رجل مقدار هواء عشرة أذرع من أعلى داره بعد أن يبقي لنفسه مقدار عشرة أذرع من الهواء تحت الهواء الذي باعه. وهذا الذي ذكره من شرط جوازه أن يبني البائع العشرة أذرع من الهواء المتّصل بسطح داره ليبني المشتري العشرة أذرع من الهواء الذي اشتراه، إذ يستحيل أن يعتمد ما يبنيه المشتري على الهواء، وهو إنّما اشترى هواء فوق هواء، فلا يمكنه الانتفاع بما اشتراه إلاّ بعد أن يبني له الهواء الذي تحت الهواء الذي اشتراه، وإلاّ فيكون هذا العقد من أكل المال بالباطل. وقد قدّمنا التنبيه على منع مثل هذا فيمن اشترى ممرّ دار لا يُسلك في هذا/ الممرّ إلى ما ينتفع به.

وإذا كان لا بدّ من اشتراط بناء البائع للهواء المتصل بسطحه فلا بدّ من وصف هذا البناء الذي يبنيه هذا البائع لكون البناء يختلف، فمنه ما لا يثبت ما يبنَى عليه من علوّ إلا زماناً قليلاً، ومنه ما يَلبث زماناً طويلاً، فالغرر إنّما يرتفع بمعرفة المشتري للهواء مآل ما يبني عليه ما اشتراه من قوّة أو ضعف.

وإذا أجزنا هذا جاز أيضاً أن يبيع منه هو عشرة أذرع متّصلة بسطح البائع، بل هذا أجرى في الجواز لكون المشتري يتمكّن من الانتفاع بما اشتراه، بأن يبنيه في الحال من غير ترقب لما يفعله غيره. ولكن من شرط جواز هذا أن يصف المشتري ما يبنيه حتى يكون معلوماً عند البائع، وإلاّ صار في العقد غرر. لأنّ صاحب الدّار يختار ألاّ يثقل على سطحه فينهدم، والمشتري قد يختار التثقيل. والغرر إنما يرتفع بوصف البناء الذي يبنى على السّطح وصفاً يصيّر هذا البيع لا غرر فيه. فلا بدّ من اعتبار ما أشرنا إليه في جواز بيع هواء فوق هواء، وهو متّصل بسطح البائع، على حسب ما أجازه في **المدوّنة** في هذا الذي ذكرناه.

وذكر في **المدوّنة** أيضاً في هذا الكتاب جواز شراء المُسكن رجلاً داراً له

حياته، وإخدامه عبداً له حياته لهذا السكن، وهذا الإخدام، مع كون هذا في الظّاهر شراء مبيع لا تعلم حقيقته ولا مقداره، لأنّ الإنسان إذا أعمَر رجلاً سكنى داره حياته، أو خدمته عبده حياته، فإنّ منتهى الحياة غير معلوم، ويختلف زمن طروق الآجال اختلافاً شديداً، حتى لا يدري صاحب الدّار هل يموت السّاكن بعد شهر من يوم أسكنه، أو بعد سنين كثيرة، وقد اشترى صاحب الدّار منافع لا تعلم، وهذا واضح على مقتضى الأصول. لكن سمح صاحب الدّار وصاحب العبد[1] ينتزعها من يده من اشتراه متى شاء لا يكون ثمنه كثمن عبد في يدهِ عشرة دنانير. فإذا علم أنّ الثمن يختلف باختلاف مال العبد في القلّة والكثرة وجب أن يعطى حكم بيعه مجرّداً منفرداً عن العبد لا سيّما إذا راعينا قول من قال من العلماء إنّ العبد لا يملك ذلك، يتضح معه أن السيّد باع العبد وماله.

والمذهب عندنا أنّ السيّد لو قال للمشتري: أبيعك عبدي ومالَه، لم يجز ذلك، حتى يكون المال معلوماً. ولا يوقع في الرّبا، لأنّه لما قال: أبيعك عبدي وماله، صرّح بأنّه عقد البيع على مال العبد كما عقده على رقبته، فيراعى فيه ما يراعى في العقد عليه لو انفرد عن البيع.

وهكذا المذهب لو قال: أبيعك عبدي وله مائة دينار أُوفيكَها. فإنّ قوله: أو فيكها، إشارة إلى أنّه باع العبد ومائة دينار معه. إلى هذا أشار **ابن القاسم**. واختلف المتأخرون من الأشياخ لو قال: أبيعك عبدي وله مائة دينار، هل يمنع من ذلك ويصير ذلك حكمه حكم ما لو زاد على ذلك، فقال: أُوفيكها. أو يكون هذا بخلاف من زاد في هذا اللّفظ: أو فيكها، أو إنّما قصد بيان ما عند العبد من مال. وهذا كلّه يشير إلى أنّ المال إذا اشترطه المشتري لنفسه لم يجز. وإن اشترطه للعبد جاز. وقدّر في ذلك معنى الاشتراط إبقاء المال ملكاً للعبد على حسب ما كان قبل عقد البيع. وأنه لو اشترط المشتري ذلك لم/ يجز، لأنّه كمن اشترى مالاً مجهولاً، واشترى مالاً بمال فوقع في الرّبا.

---

(1) محوٌ بمقدار سطر.

وقد أشار بعض أصحابنا إلى أنّ علّة الجواز لاشتراط كون هذا الاشتراط إنّما منعناهُ إقراراً لمال على ملك العبد، على حسب ما كان قبل البيع.

وهكذا لأصحاب **الشافعي** تعليلان في هذا أيضاً فقال بعضهم: إنّما جاز الاشتراط للمال لكونه لم تقع المعاوضة عليه، وإنّما وقعت على إقراره على ما كان عليه قبل البيع، وهذا يقتضي العفو عن كون المال مجهولاً أو موقعاً في الرّبا. وقال بعضهم: إنّ العلّة في ذلك كون المال تبعاً. وقال أبو **حامد الاسفراييني** في هذا التعليل الذي قاله بعض أصحاب **الشافعي** أنّه يقتضي العفو عن كون المال مجهولاً منه ربا، لأنّ الأتْباع لا يلتفت فيها إلى الجهالة ويلتفت فيها إلى الرّبا.

وهذا الذي قاله من كون الأتباع يلتفت فيها إلى الربا، لا يصحّ إطلاقه على أصل مذهبنا المشهور في جواز بيع السّيف المحلّى بفضّة بدراهم إذا كانت حليته تبعاً، لما كان مرتبطاً بالسّيف ودعت الضرورة إلى بيعه على ما هو عليه.

فأنت ترى أصحاب **الشافعي** كيف اختلفوا في التّعليل كما اختلف فيه أصحابنا.

هذا حكم جواز اشتراط جميع مال العبد.

وأمّا اشتراط بعض ماله ففيه قَولان:

ذكر **ابن القاسم** المنع، تقديراً منه أنّ جواز اشتراط جميعه رخصة، والرّخص لا يقاس عليها ولا تغيّر عن موقعها.

وذكر أشهب جواز ذلك، تقديراً منه أنّه إذا عُفي عن الجهالة في جميع مال العبد، وعن الرّبا، كان العفو عن وقوع ذلك منه كاشتراط نصف المال أوْلى وأحرى.

هذا إذا كان جميع العبد ملكاً لرجل واحد لا شركة لغيره معه.

وأمّا إن كان عبداً بين شريكين باع أحدهما نصفه واشترط مشتريه نصف المال الذي يختصّ بهذا النصف من العبد، فإنه يتّضح أن من منع ذلك في

اشتراط نصف مال عبد، جميعُه للبائع، فإنه يمنع هذا في اشتراط نصف المال المقابل للنّصف المبيع. ومن أجاز ذلك في جميع العبد فقد يجيزه ها هنا لأنّ البائع سلم من المال جميع ما كان يقدر على انتزاعه من العبد، وهذا إنّما يقْدِر فيه على الانتزاع إذا أذن له شريكه في ذلك، لأنّ العبد المشترك لا يمكن أحد الشّريكين أن ينتزع من المال مقدار نصيبه فيه إلاّ بإذن شريكه. فكذلك ما ذكرنا ها هنا إنّما يمكّن المشتري من الاشتراط إذا رضي الشّريك الذي لم يبع بذلك.

ولو كان البيع لهذا النصيب من الشريك الذي له النصف الآخر، فإنّه يمنع منه، إذا عقد البيع على الإطلاق، لحقّ الشريك في منع شريكه من انتزاع المال، وإطلاق البيع يقتضي بقاء المال للبائع، فيصير بائع نصيبه من العبد إذا أطلق العقد كمنتزع نصيبه من المال. لكن **سحنون** ذكر أنّ هذا النصيب المبيع إذا باعه مالكه من شريكه واشترط شريكه المال فإن ذلك جائز، يقدّر أنّ الانتزاع وقع بإذن الشريك لما اشترطه. ومقتضى هذا الذي قاله **سحنون** أنّه يجوز البيع أيضاً على الإطلاق، ويكون الشّريك كالآذن لشريكه في الانتزاع أيضاً. وإذا كان البيع من غير الشّريك منع من البيع على الإطلاق لكون نصيب/ البائع من المال يبقى في يد البائع. وأمّا إن اشترطه المشتري ملكاً للعبد فإنّ ذلك يجوز على ما كنّا قدّمنا، لكون المال لم يقع فيه انتزاع بل بقي على ملك العبد، على حسب ما كان عليه قبل البيع. ولو كان بعض العبد حُراً لمنع مَن له فيه الملك من البيع على الإطلاق، لكون المال يبقى له، فيكون ذلك انتزاعاً أيضاً. وذكر **ابن أبي زمنين** عن **سعيد بن حسّان** بأنّه يمنع المشتري لعبدين أن يستثني مال أحدهما. وهذا الذي ذكره إنّما أجرى هذا الاستثناء فيه مجرى استثناء نصف مال عبد واحد اشتراه. وقد يلتفت فيه عندي إلى ما كنّا قدّمناه في كتاب الردّ بالعيب في الصّفقة، إذا جمعت حلالاً وحراماً، فإنّ كل واحدة من السّلعتين تعطى حكم نفسها، على أحد القَولين. فمقتضى هذا أيضاً أنّ استثناء أحد العبدين ها هنا لا يكون كاستثناء نصف مال عبد واحد.

ولو حدث للعبد مال في أيّام العهدة أو في أيام الخيار إذا بيع على خيار،

فإنّ ذلك ملحق حكمه بما كان عنده من مال حين العقد: إن اشترط المشتري ماله حين البيع كان هذا المكتسب للعبد هبة أو ما في معناها، له. وإن أطلق العقد كان ذلك للبائع.

وقد ذكر في **المدوّنة** في هذا الكتاب أنّ عبداً طعن مشتريه فيه بعيب وأنكر البائع العيب والثّمن مائة دينار، فقال رجل: أنا أخذه بخمسين ديناراً على أن يخسر البائع خمسة وعشرين ويخسر المشتري خمسة وعشرين، فَرَضِياً بذلك فإنّ العبد إذا استحقّ رجع مشتريه آخِراً بما دفع فيه وهو خمسون ديناراً، ويرجع مشتريه الأوّل بخمسة وسبعين ديناراً، لأن عِقد البيع الأوّل كان بمائة دينار وقد التزم المشتري خسارة خمسة وعشرين منها وكأنّها عادت إليه. فإذا رجع المشتري الأوّل على من باع منه بخمسة وسبعين فقد كملت المائة التي وقع العقد بها، خمسة وسبعون مقبوضة وخمسة وعشرون كالمقبوضة لما التزم المشتري الأوّل خسارتها.

ولو ردّ المشتري الآخِر هذا العبد بعيب لم يعلم به حين العقد، فإن هذا العيب إن عُلِم أنّه قديم عند البائع الأوّل فإنّ المشتري الآخِر إذا ردّ به كان للمشتري الأوّل أن يردّ به أيضاً كما رُدّ بذلك عليه. ويبقى النّظر في العيب المصالح عنه فحكمه مأخوذ من الأصول الّتي قرّرناها في كتاب الردّ بالعيب.

فإذا لم يعلم عند من حدث هذا العيب الثاني كان القول قَول المشتري الأوّل في أنّه لم يحدث عنده لمّا وجب له ردّ البيع بالعيب القديم. ولو علم أنّ هذا العيب الذي ردّ به المشتري الآخِر لم يكن عند البائع الأوّل لكان القَول قَول البائع في العيب المصالح عنه أنّه لم يكن عنده لأنّ المشتري إذا لم يجب له الردّ، فالبيع منعقد، والمشتري يدعي حلّه فوجب ألاّ يقبل ذلك منه على ما أصّلناه في هذا في كتاب الردّ بالعيب.

وإذا وجب الردّ على البائع لكون العيب عنده قديماً فإنّ المشتري الأوّل لا تلزمه الخسارة لأنّه إنّما التزمها على ألاّ ينتقض البيع في العبد. وكذلك أيضاً

البائع إنّما التزم ما التزم على ألاّ ينقض البيع. فإذا انتقض عاد الأمر إلى ما أصّلناه في أحكام الردّ بالعيب ولم يكن لهذا الالتزام تأثير.

وإذا شكّ في هذا العيب الذي قام به المشتري الآخِر ووجب له الردّ به لكونه لم يحدث عنده، فإنّ القول قَول البائع فيه لكون البيع منعقداً والصّلح منعقداً أيضاً، ويحلف على العيبين جميعاً المصالح عنه، والعيب الآخر، ولا مطالبة عليه/ . وإن نكل عن اليمين وحلف المشتري أنه لم يحدث عنده واحد من العيبين وجب له أخذ الثّمن كلّه، لأنّ الصّلح إنّما وقع على ألاّ يحلف واحد منهما؛ وللمشتري الأوّل أن يتمسّك بالصّلح ويحلف على العيب الآخر فيُثبت له يمينه أنّه كان عند البائع منه ويصير العيب المصالح عنه، لما رضي بالصّلح، كعيب حدث عنده فوجب له أخذ قيمة الغيب الآخر، أو يردّ ويرد مع العبد ما نقصه العيب المصالح عنه.

وإن كان العيب الذي قام به الآخر مشكوكاً فيه، هل حدث عند الآخِر أو عند الأوسط أو الأوّل، كان القَول قول الأوسط مع يمينه، ويسقط مقال المشتري الآخِر، ولكن للآخِر أن يحلّف البائع أيضاً على هذا العيب رجاء أن يقرّبه فيردّ المشترى غليه. وإن نكل الأوسط وحلف الآخر لم يمكن الأوسط إذا ردّ عليه العبد من أن يستحلف البائع الأوّل إذا كان قد أكذب الآخِرَ أنّ العيب عندك حدث، لكون هذا يقرِّرُ إقراراً منه ببراءة البائع الأوّل. وإن كان يشكّ في هذا العيب عند من حدث ولكنّه لمّا نكل ردّ عليه، لم يكن له أن يستحلف البائع الأوّل لأنّ من حقّ البائع الأوّل أن يقول له: لي أن أردّ عليك هذه اليمين، وأنت قد نكلت عنها، فليس لك أن ترجع عن النّكول وقد تقدّمت هذه الأصول التي بني عليها هذا التفريع فيما تقدّم.

كتاب التجارة إلى أرض الحرب



بسم الله الرحمٰن الرحيم
صلّى اللّه على سيّدنا محمد وآله وصحبه وسلّم تسليماً

كتاب التّجارة إلى أرض الحرب

قال القاضي أبو محمد، رضي الله عنه:

وإذا كان نصراني عند نصرانيّ[1] فأسلم بيع عليه.

وإذا ابتاع النّصراني عبداً مسلماً لم يجز، وفسخ العقد. وقيل: يصح ويجبرُ على بيعه.

قال الإمام، رضي الله عنه، يتعلّق بهذا الفصل عشرة أسئلة، رأينا أن نقدّم منها ما قدم في **المدوّنة** الكلام عليه. فمنها أن يقال:

1 ـ هل يجوز السّفر لبلد الحرب للتّجارة؟

3 ـ وهل يجوز أن يبايعوا فيما يكون لهم به قوّة على المسلمين؟

3 ـ وهل يجوز أن يبتاع بعضهم بعضاً؟

4 ـ وهل يجوز للكافر أن يشتري عبداً مسلماً؟

5 ـ وما حكم عبد الكافر يسلم؟

6 ـ وهل يجوز للمسلم أن يملك مَن بينه وبينه هدنة من الكفّار؟

---

(1) في غ، والغاني: وإذا كان للنصراني عبدٌ نصراني.

7 ـ وهل تجوز له معاملة أهل الحرب بالرّبا؟

8 ـ وهل يجوز لهم معاملتهم بالدّنانير والدراهم؟

9 ـ وما حكم معاملة المسلِم الكافرَ بالخمر؟

10 ـ وما حكم أرضهم وديارهم في البيع؟

فالجواب من السؤال الأول أن يقال:

ورد الشّرع بالمنع من ابتذال مَالَه حُرمة في الدّين. وقال عليه السّلام: «**الإسلام يعلو ولا يعلى عليه**»[1] وقد ورد الشّرع بالنّهي عن السّفر بالقرآن إلى أرض العدوّ. فإذا سافر المسلم إلى أرض العدوّ، فلا يخلو أن يكون سفره لمعصية يحصّلها هناك، أو لطاعة وبرٍّ، أو لأمر مباح.

فأمّا سفره طالباً لمعصية فلا شكّ في تحريمه ولو كان إلى بلد المسلمين فكيف ببلد أهل الكفر.

وأما إن كان سفره لطاعة، تجب على الأعيان أو على الكفاية أو ما في معنى ذلك، كان سفره جائزاً. كسفر المسلم إلى أرض الحرب يفتك منه أسيراً مسلماً، لكون فكاك الأسرى قد أمر به الشّرع.

وأمّا إن كان سفره لأمر مباح في نفسه، كتجارة يبتغيها هناك، فإنّه منهي عن ذلك على الجملة. وظاهر المذهب على قَولين: هل ذلك نهي تحريم أو نهي كراهة؟

فقال/ **ابن القاسم**: شدد **مالك** في السّفر إلى بلد الحرب. وقال **ابن الموّاز**: ليس بحرام. وقال **ابن حبيب**: قال **مالك** وأصحابه: لا يجوز السّفر إلى بلد الحرب لتجارة ولكن يجوز ذلك لمفاداة أسير. وذكر **سحنون** أنّ من ركب البحر إلى بلد الرّوم طلباً للدّنيا فإنّه يجرّح بذلك. وظاهر هذا يقتضى كونه أنّه يرى ذلك حراماً. وكذلك إطلاق **ابن حبيب** أنّ ذلك لا يجوز.

(1) فتح الباري: 3/218. كتاب الجنائز: باب 79: إذا أسلم الصبي فمات.

وقد أشار بعض الأشياخ إلى أنّ ظاهر **المدوّنة** لا يقع بذلك التّجريح لأنّه ذكر فيها قبول شهادة التجّار المسلمين إذا شهدوا بما عاينوه فيها. وظاهر قبول الشهادة يقتضي نفي التّحريم.

لكنّ هذا الذي تعلّقوا به في **المدوّنة** فيه احتمال، لأنّه لم يذكر على أيّ صفة دخل هؤلاء التجّار، هل قاصدون لأجل الدّنيا، أو رجعوا إليها بحكم غلبة الرّيح عليهم، أو لمعنى ألجأهم إليه يشبه هذا، مع إمكان أيضاً أن يكونوا جهلوا التحريم، أو قلّدوا من ذهب إلى نفي التحريم. وقد قال **أبو الحسن والأوزاعي** فيمن سافر إلى بلد الحرب لتجارة: إنّه فاسق. وهذا كالنصّ على التحريم والتنبيه على تأكده بتفسيق فاعله.

وقد علّل مالك النّهي عن هذا السّفر بكون أحكام أهل الكفر تجري على المسلم المسافر إليهم.

وهذه الأحكام التي أشار إليها، رضي الله عنه، تتنوّع تنوّعاً يقتضي اختلاف طبقات النهي عن السّفر إليها.

فلو كان المسلم يجرون عليه من الاحكام أن يجبروه على السّجود للأصنام، وإظهار كلمة الكفر أو سبّ الرسل، فإنّ هذا يتأكّد تحريم السّفر معه.

وإن كانوا لا يحملونه على شيء يخالف دينه، لكنّهم يوقعون به من الإذلال والهونة[1] ما فيه إعزاز لهم وإهانة للإسلام، فإنّ هذا أيضاً يوجب المنع.

وإن كان يسلَم من جميع ذلك، وإنّما يناله كونه تحت قبضتهم لو حاولوا إهانته لم يقدر على الامتناع، أو يأخذون منه مالاً لتجارته عندهم، فإنّ هذا أخفّ ممّا قدّمناه. ولعلّ من أنكر التحريم يشترط في السّفر إليهم أن يكون على هذا الوجه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الهُونَى، أي الذلّ.

وقد سهل القاضي **ابن الطيّب** في المقام ببلد الحرب لرجل مسلم يضطرّ إليه مَن بذلك البلد من أسرى المسلمين في تعليم ما افترض عليهم في الشريعة والاقتداء به، وهديهم إلى الحقّ وهدي غيرهم، وهذا جار على أسلوب ما قدّمناه من إجازة السّفر إليهم لأمر يوجبه الشّرع من فكاك أسير وبيان ما افترض على المسلم.

وأمّا التجريح بالسّفر إليهم فقد قدّمنا ما قاله **سحنون** وغيره. وكان قد نزل عندنا **بالمهديّة** منذ نيف وأربعين عاماً شدّة احتاج النّاس فيها إلى السّفر إلى صقلية ليرخص الطعام عندنا لكونه قد عدم. فتخاصم رجلان وانتهى أمرهما إلى السّلطان، وقام أحدهما بشهادة رجل قدح خصمه في عدالة الشاهد لكونه سافر إلى صقلية. وهي وإن كانت الأكثر من سكّانها مسلمين فإن المسلّطين عليهم والمستولي على أهلها ملك من ملوك الرّوم وجنده الرّوم. فجمع السّلطان كل من يفتي بالمكان فاختلفوا، ووقف بعضهم في منع السّفر للحاجة إلى الطّعام. فقلت لهم: ليس هذا ممّا يقتضي الرّخصة في السّفر إلى بلد العدوّ. وتلوت عليهم قوله سبحانه: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَـٰذَا ۚ وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦٓ إِن شَآءَ﴾[1]. فنبّه سبحانه على أنّ للمسجد الحرام حرمة وتنزهاً عن الأنجاس، والمشركون نجس. ثم/ نبّه سبحانه على أنّ الحاجة إليهم في جلب الطّعام إلى مكّة لا يرخّص في انتهاك هذه الحرمة، فكذلك الحاجة إلى امتيارِ الطعام من **صقليّة** لا يوجب الترخيص في السّفر إليها. فاستحسن أكثرهم هذا الاستنباط من القرآن، وبقي بعضهم على التوقّف. فكاتبنا في المسألة إمَامَنا أجمعين وكان ببلد آخر وقد انزوى وانْقطع إلى العبادة. فورد جوابه بأنّ هذا ليس بعذر يوجب الرّخصة في السّفر إليهم: وعلّل ذلك بأنّا وإن كنّا نتقوّى بما نأخذه من الطّعام من عندهم، فإن ما نحمل إليهم من أموال المسلمين لكثرته لهم به قوّة علينا وشدّة تمكن في ملك من ما

(1) سورة التوبة، الآية: 28.

يكترى[1] صلبَ المسلمين.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

منع في **المدوّنة** من أن يباع من أهل الحرب ما تكون لهم به قوّة على المسلمين، كالسّلاح والخيل والبغال والحمير والأخراج والغرائر والحرير والنّحاس والحرير.

وفي كتاب ابن حبيب: والصوف والكتّان والزفت والقطران والجلود.

وهذا يوضح وجه منعه على الجملة لأنّ الله تعالى يقول: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسۡتَطَعۡتُم مِّن قُوَّةٍ﴾[2]. فإذا أمددناهم بما يكون لهم قوّة علينا صار هذا نقيض ما أمر الله سبحانه به، وصار معونة على دماء المسلمين. فقد قال **سحنون** فيمن باع منهم السّلاح فقد شارك في دماء المسلمين. وقال الحسن: من باع منهم الطّعام فهو فاسق، ومن باع منهم السّلاح فليس بمؤمن.

وهذا التغليظ في بيع السّلاح لأنّا لا نكفّر بذلك إلاّ لمن تعمّد واعتقد استحلال دماء المسلمين.

والذي عددناه ممّا وقع في **المدوّنة** وغيرها من أصْنَاف ما يمنع المسلم من بيعه منهم منه ما يتّضح وجهه وكونه قوّة كالسّلاح والخيل والبغال والحمير لكونه حمولة لهم، والنحاس والحديد، لكون الحديد ممّا يعمل منه السّلاح وغيرها، والنحاس ممّا يعمل منه البوقات والنواقيس.

وأمّا ما عدّ في ذلك من الحرير فلعلّه فيما كان منسوجاً يباهى في الحرب بلباسه.

وكذلك منع من بيع الشمع، ولعلهم أيضاً يحتاجون إليه في السّفن وغيرها.

وكذلك منعه من البسط.

وأمّا الصوف والكتّان فينظر في كونه قوّة لهم.

---

(1) كلمة غير واضحة في النسختين.

(2) سورة الأنفال، الآية: 60.

وأمّا الطعام فذكر **ابن حبيب** أنّه يباع ممّن بيننا وبينهم هدنة، ولا يباع ممّن لا هدنة بيننا وبينهم. ويمكن أن يكون أراد منع ذلك في زمن حاجتهم إليه فيكون بيعه منهم قَوّة لهم علينا.

وأمّا السّلاح فلا تباع ممن هادناه أو كان حرباً لنا.

وتفصيل القول فيما يتقوّون به يستند فيه إلى النّظر إلى العوائد. وينخرط في هذا السّلك شراء أهل الحرب، من النصارى وشبههم، عبداً نصرانيًّا بالغاً، فإنّهم يمنعون من شرائه. ولا يجوز للمسلم بيع ذلك منهم، كان ببلد الحرب معهم أو دخلوا إلينا بأمان يبيعون تجارة ثم يعودون لبلدهم، لكون بيع هذا منهم نوعاً من القُوّة لهم، لكونهم يطلعهم على ما اطلع عليه من عورات المسلمين التي لم تنكشف لأهل الحرب، فيدعوهم انكشافها لهم إلى غزو هذا البلد الذي يطلعهم هذا العبد المبيع على غرّته، ويخْبرهم بالمواضع التي يفتحون البلد منها. ولا يباع منهم العبد النصرانيّ بثمن لكونه[1] بيعُه بمسلم أسير عندهم يجوز إذا تساوى الحال بين من يفدى ويفدى به، وأما بيعه منهم وهو ذو شجاعة وكيد ورأي في الحرب بمسلم ضعيف مهين، فإنّه يمنع/ من ذلك، إلاّ ألاّ يُقدر على فكاك هذا الأسير إلاّ بهذا للشجاعة والكيد، فإنّ الإمام يصرف إليه الاجتهاد في هذا. وينبغي أن يوازن ما بين ضرر المسلمين باتْلاف هذا من أيديهم وضرر الأسير وما يرجى فكاكه لغير هذا أو يؤيس منه.

وأمّا الصّغار فلا يباعون منهم.

(وأمّا النّسوان من شرائهم لهم لعدم الضرر من جهتهنّ وكونهنّ يبعد إسلامهن إذا كُنّ كبيرات)[2].

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

لا يخلو الكافر الذي أراد شراء كافر مثله، من أن يكون يشتري من هو

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب: لكن.

(2) ما بين القوسين هكذا في جميع النسخ.

على دينه أو من ليس هو على دينه من أهل الكتاب:

فأمّا إن أراد النّصراني شراء عبد نصراني بالغ فإنّه لا يمنع من ذلك لكونه لا يستحيل الاضطرار به[1] لمساواته في الدّين، ولا يخاف إذا كان سيده يسكن به بلاد المسلمين من كونه يطّلع أهل الحرب على غرّة المسلمين وما يخافون منه. وأمّا إن كان هذا العبد صغيراً ففيه قولان: أحدهما منعُه من شرائه له. فوجه المنع، وهو المذكور في **المدوّنة** وغيرها، أنّ الصّغير يرجى إسلامه إذا دعي إلى الإسلام لكونه لم يرسَخ في نفسه الكفر، ولا عنده من الحنكة ما يصادم به من أراد أن ينقله عن دينه. بخلاف البالغ.

فإن وقع هذا البيع ففي **العتبيّة** أنّه يفسخ. وقد يتخرج على قول آخر أنّه يباع عليه من مسلم. ووجه القَول الثاني وإليه ذهب **ابن الموّاز** أنّا لسنا على يقين من قبوله الإسلام إذا اشتراه مسلم فلا يمنع النصرانيّ من شرائه، مع كون إسلامه غير متحقق لا سيما على ما ذكره **ابن الموّاز** عن **أشهب** من كون الصغير المنفرد عن أبويه إذا اشتراه مسلم فإنه لا يجبره على الإسلام لكونه من أهل الكتاب، وأهل الكتاب لا يجبرون على التنقّل عن دينهم.

وأمّا إن كان العبد المبيع الكافر على خلاف دين من أراد أن يشتريه من الكفرة، مثل أن يكون عبد بالغ يهوديّ أراد شراءه نصرانيّ، أو نصراني أراد شراءه يهوديّ. فإنّ هذا أيضاً فيه قَولان: أحدهما المنع من ذلك وإليه ذهب **ابن وهب** و**سحنون**. والثاني جواز ذلك. وإليه ذلك **ابن الموّاز**.

فوجه المنع ما قد علم وتقرّر من شدّة العداوة والبغضاء الّتي بين أهل هذين الكتابين، فتمكّنهم من ملك بعضهم بعضاً إضرار بالمملوك وإيجاد للسّبيل إلى أذاه، والإضرار به لا يجوز.

ووجه الجواز أن هذا لا حق فيه لله سبحانه، لأنّه لو رضي العبد شراء من ليس على دينه وهو بالغ لم يمنع مشتريه من شرائه فلو كان لله سبحانه فيه حق ما

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لا يستحلّ الأضرار به.

جاز رضاه بذلك. فإذا تجرّد الحقُّ للعبد جاز الشّراء، ومنع الإمامُ من يملكه من أذاه والإضرار به، وفعله للإضرار يزول بعقوبة المشتري عليها. فلم يجب منعه من الشراء.

وأما إن كان العبد المشترَى ليس من أهل الكتاب، كالمجوس والصقالبة والسودان، فإنّه إذا حاول شراء عبد منهم يهودي أو نصراني، فإنّ المذهب على ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك ليس بحرام. قال **مالك** في **المدوّنة** ما علمته حراماً وغيره أحسن منه. وأطلق الجواب في الصغير منه والكبير.

والقول الثاني: أنهم يمنعون من ذلك في صغير أو كبير. ذكرهُ ابن عبد الحكم.

والقول الثالث: أنهم يمنعون من ذلك في الصغار دون الكبار. وذكره في **العتبيّة** قال: وإن اشتروا الصّغار فسخ البيع.

واشترط في غير **العتبيّة** أنّ فسخ البيع ما لم يتديّن الصغير المبيع بدين.

وتَوجيه هذا الخلاف يلتفت فيه إلى الخلاف في وجه آخر، وهو جبر/ من اشترِي من المجوس على الإسلام. فظاهر المذهب أنه إذا تديّن بدين، واستمر عليه، لم ينقل عنه، ولا يجبر على الرجوع إلى الإسلام.

وأمّا إن لم يتدين بدين مثل من سبي منهم. فإنّ ظاهر المذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها أنه يجبر على الإسلام وإليه ذهب **أصبغ**.

والثاني أنه لا يجبر على الإسلام.

والثالث التّفرقة بين الصغير والكبير. فيجبر الصغير ولا يجبر الكبير.

فيتّضح مع القول بالجبر منع اليهودي والنّصراني من شرائهم، لأن منعهم من ذلك يقتضي (ألاّ يملكهم الإسلام)[1]. فإذا ملكهم جبر على الإسلام، فلا ينبغي تسهيل طريق إلى الظلال مع القُدرة على الهداية إلى الإيمان.

---

(1) هكذا

وإن قلنا بنفي الجبر حسن ها هنا الذهاب إلى التّمكين لليهودي والنصراني من شرائهم وحسن أيضاً التفرقة بين الصغير والكبير، لكون الصغير الغالبُ قبولُه لما يدعى إليه من المذاهب ويربَّى عليه، بخلاف الكبير الذي يرجع إلى رأي نفسه وما يجده في طباعه.

فيخلص من هذا أنّ الخلاف في جبر المجوسي على الإسلام إذا لم يكن تديّن بدين إلاّ ذلك، لكونه يجيب إذا دعي إلى الإسلام كالصغير الكتابي الذي ليس معه أبوه ولا أمّه. وقد حكينا عن **أشهب** أنّه لا يجبر. وقيل: يجبر. ويستقصى هذا في موضعه إن شاء الله.

وإذا قلنا بالجبر فالجبر إنما يكون بالتّهديد والضّرب، لا بالقتل لكونه لم يتديّن بدين الإسلام ثم يرتدّ عنه فيقتل. وإنّما هذا الجبر رجاء أن يتديّن بدين الحقّ ويتعلّمه.

وإذا وقع البيع ها هنا الممنوع على ما فيه من الاختلاف الظاهر. فالظاهر أنه يجري على قولين في فسخ البيع أو بيعه على من اشتراه.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال:

لا خلاف في منع بيع العبد المسلم من رجل كافر أو امرأة كافرة. وهذا لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[1] وبيع المسلم من الكافر يُجعل به للكافر على المسلم أشدُّ سبيل. وقد قال ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يُعْلى عليه»[2]. وإذا صار المسلم مملوكاً صار الكافر له علوّ على المسلم، وقدرة على إذلاله وإهانته، فيحصل للكافر عزّة المالك، ويحصل للمسلم بذلك ذلّة المملوك. فإذا تقرّر أنّ هذا البيع محرّم ممنوع، فإذا وقع فماذا يكون الحكم فيه؟

اختلف قول **مالك** فيه. فقال مرّة، وهو المشهور عنه: إنّ هذا العبد

---

(1) سورة النساء، الآية: 141.

(2) تقدم تخريجه ص 932.

المسلم يباع على النّصرانيّ الذي اشتراه ولا يفسخ بيعه. وهذا هو المشهور عنه. وروى **ابن شعبان** عنه في **مختصر ما ليس في المختصر** أنّ البيع يفسخ. وهذا في كتاب **ابن حبيب** أنّ البيع يفسخ.

واختلف قَول **الشافعي**، على حسب ما اختلف قَول **مالك** فيه، فقال مرّة: يباع عليه. وقال مرّة أخرى: يفسخ.

وذهب **أبو حنيفة** إلى أحد قولي **مالك والشّافعي**. فقال: يباع عليه إلاّ أن يخرجه مشتريه النّصراني من يده بعتق أو كتابة فلا يباع عليه، فجعل الكتابة تحلّ محلّ بيعه عليه. وظاهر مذهب الشافعية في الكتابة أنها عندهم على قولين في كونها تحل على بيعه عليه.

وأمّا نحن فلا يختلف مذهبنا في أنّ الكتابة لا تجزي في رفع يده عنه، لكون المكاتب عبد ما بقي عليه درهم. وأحكام الرقّ باقية عليه لِسَيِّدِهِ النّصراني فلا يكتفَى بها في إخراجه من يد النّصرانيّ الذي اشتراه.

فأمّا من ذهب إلى أنّه يباع عليه ولا يفسخ فإنّه يستدلّ بقول/ الله سبحانه: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾(1). وبأنّ النّصراني لا يمنع من التجْر وطلب الأرباح في سائر أنواع المتَملكات؛ والعبد المسلم يكون كأحدها، وإنّما حقُّه في رفع إذلال الملك للنصرانيّ. وهذا الحقّ يصل إليه المسلم ببيعه على النّصرانيّ. كما أنّ الإنسان ممنوع من إذلال أبيه وقهره. فإذا اشتراه عتق عليه ولم يفسخ مع كون الأبوّة تأبى الملك. فعتق الأب يرفع عقوقه بإذلال الملكة. فكذلك بيع هذا يرْفع إذلال الرقّ عنه للنّصرانيّ بيعه من مسلم. وأيضاً فإنّ الكفر لا ينافي ملك ملك المسلم. ألا ترى أنّه يصحّ ملكه للنّصراني بحكم الميراث، مثل أن يسلِم عبد للنّصرانيّ ويموت سيده قبل أن يباع عليه، فيرثه ولده النّصراني فيباع العبد على النّصرانيّ. فإذا صحّ ملكه بالميراث صحّ ملكه بالشّراء ولو كان الكفر ينافي الملك لم يملكه بميراث ولا بشراء.

---

(1) سورة البقرة، آية 275.

وأمّا من ذهب إلى فسخ البيع فإنّه يحتجّ بقوله تعالى: ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾[1]. وإقرار ملك النّصراني على المسلم إلى أن يتّفق بيعه عليه إيجاد للكافر سبيلاً على المؤمن؛ وهذا خلاف ما قال الله تعالى.

وأيضاً فإنّ الشّراء إمّا أن يكون لقربة أو يكون لبيع لطلب ربْح وتنمية وتحصيل منفعة وغرض. فإذا كان النّصرانيّ لا يُقَرّ في يديه مسلم إذا اشتراه لم يحصل له فيه طلب التنمية أو المنفعة. ولا يصحّ أن يشتريه تقرّباً إلى الله عزّ وجلّ، كما يشتري المسلم أباه فيعتق عليه تقرّباً إلى الله. فيقتضي هذا كون العقد عليه لا يصحّ، كما لا يصحّ عقد المسلم على شراء خشاش وما لا منفعة فيه.

فإذا قلنا بفسخ البيع فإنّ ابن شعبان حكى أنّه يفسخ، وإن باعه النّصرانيّ الذي اشتراه من مسلم وتداولته أملاك المسلمين فإنّ البياعات كلّها تفسخ وإن فات العبد في يد النصراني قبل أن يفسخ بيعه فإنّه يضمنه بقيمته.

وهذا الذي قاله من فسخ البياعات كلّها مع كون البيع الصحيح يفيت البيع الفاسد. والنصراني الذي اشتراه إذا باعه من مسلم ثم باعه المسلم من مسلم آخر يجب أن يكون هذا فوتاً، ولا ينتقض إلاّ البيع الأوّل.

فهذا الذي ذكره ابن شعبان كأنه مخالف لأصل المذهب، لكن يمكن الاعتذار عنه بأن هذا البيع لمّا كان مجمعاً على منعه وتحريمه كان غير منعقد ولا فيه شبهة العقد، وأصل سحنون في هذا أنّه لا يضمن كما لا تضمن البياعات الفاسدة، لولا أن ابن شعبان قال: إن فات في يد النّصرانيّ ضمنه بقيمته. فهذه الزيادة الّتي أضافها إلى فسخ البياعات كلها يمنع من إجرائها على طريقة سحنون.

ولو أنّ مسلماً اشترى من نصرانيّ عبداً نصرانيًا فأسلم، فإن ابن القاسم ذكر عنه ابن حبيب أنّ هذا المشتري المسلم إذا اطّلع في العبد على عيب فإنّه يردّ على النصرانيّ الذي باعه منه، ثم يباع على النّصرانيّ، وذكر عن أشهب أنّه لا يرد عليه، وإنّما له طلبه بقيمة العيب كما يطلبه بذلك لو فات في يده.

---

(1) سورة النساء، الآية: 141.

وهذا الاختلاف يلتفت فيه، عندي، إلى أصل، كمَا قدّمناه في كتاب الردّ بالعيب، من اختلاف المذهب في كون الردّ بالعيب نقضاً للبيع من أصله، أو كابتداء بيع. حسن القول: أن هذا المشتري المسلم لا يردّه على النّصراني، كما لا يجوز له أن يبيعه منه. وإذا قلنا: إنّ الردّ بالعيب نقض للبيع من أصله، فقد يحسن ها هنا القول بأنّ المشتري يمكّن من ردّه، إذ ليس ردّه كابتداء بيع من النّصراني.

والجواب عن السؤال الخامس/ أن يقال:

قد ذكرنا أنّه لا يحلّ بيع العبد المسلم من نصرانيّ، لكون الكفر ها هنا كالمنافي لملك المسلم، لكون الملك والاسترقاق نوعاً من أنواع القهر والإذلال. ولهذا فسخنا البيع على أحد قولي **مالك** ومذهب أكثر أصحابه. وبعناه عليه على الرّواية الأخرى.

وإذا أسلم عبد لنصرانيّ فإنّه، أيضاً، لا يصح أن يقرّ ملكه عليه لما في ذلك من استعلاء الكفر على الإسلام وإذلال المسلم. وإذا لم يستقر ملكه عليه وجب بيعه عليه للمسلم. ولا يؤخّر ذلك إلا بحسب الإمكان، وإنّما يبقى النّظر هل يجوز أن يبيعه النّصرانيّ على أنّ الخيار له أياماً، لكون إثبات الخيار له في البيع يقتضي كون ضمانه منه وخراجه له، فكأن حكم الملك باقٍ عليه. أو يقال: فإن مدّة الخيار ممّا قد يحتاج إليها استقصاء للثّمن والبحث. فهذا ممّا ينظر فيه.

لكن لو باع النّصرانيّ عبده النّصرانيّ على الخيار أيّاماً فأسلم العبد، فإنّه إن كان الخيار للمشتري، وهو نصرانيّ، استعجل في استعلام ما عنده مما له الخيار فيه من ردّ البيع وإمضائه. لأنّا إن لم نستعجل في ذلك، وأمهلناه بقية أيّام الخيار، اقتضى بنا[1] العبد المسلم في حكمه وحكم ملكه وهو لا سبيل إليه.

ولو كان مشتريه مسلماً فاشتراه بالخيار فأسلم العبد في أيّام الخيار،

---

(1) في المدنية اقتضاها، وكلاهما غير واضح ولعله: اقتضى بقاءَ.

فظاهر **المدوّنة** أنّه يمهل المشتري المسلم إلى انقضاء أيّام الخيار، لأنه قد تعلّق له حق بالتّأخير إلى هذا الأمد، وهو حق مسلِم، فلا نبطله لحق مسلِم آخر وهو الذي أسلم.

كما لو استأجر المسلم عبداً نصرانيًّا وسيّده نصرانيّ فإنّه لا تبطل الإجارة لتعلّق حق مسلم بها، فلا يبطل حق مسلم وهو المستأجِر لحقّ العبد المستأجَر الذي هو باق في الإجارة على ملك سيّدِه، وهو في الإجارة[1] إذا كان أمدها بعيداً لا يصح البيع. فهذا أيضاً يجري على ما ذكرناه في تأخير المسلم إذا كان له الخيار أمداً معلوماً لتعلّق حقّه بذلك. فالحكم جار على أسلوب واحد في مراعاة حق مسلم فيما له من تأخير الخيار أو تأخير أمد الإجارة مع كون ملك الرّقبة لم يخرج عن الكافر.

بخلاف أن يكون المشتري بالخيار كافراً فإنّه يبطل حقّه في تأخير الخيار لحقّ المسلم وهو العبد، وحق العبد المسلم مقدّم على حق الكافر. بخلاف حقين تعارضا بين مسلمين.

ولو كان المشتري نصرانيًّا والعبد نصرانيًّا فأسلم، والخيار للبائع وهو مسلم، فهل يجوز للبائع المسلم أيضاً البيع للنّصراني أم لا؟ هذا قد يجري على القولين في بيع الخيار إذا أمضي هل يقدّر أنه إنّما عقد حين إمضائه، فيقتضي هذا منع المسلم البائع من إمضاء البيع في عبده، الذي أسلم، من النّصراني الذي اشتراه، لكون هذا كابتداء بيع مسلم من نصرانيّ.

وإن قدّرنا أنّ البيع إذا أمضي فإنّه لم يزل ماضياً حين العقد، فهذا قد يقال فيه: إنّ له إمضاء البيع ولا يكون كمبتدي بيع عبد مسلم من نصراني، لأن هذا البيع إنّما عقد في حال يجوز فيه العقد. وزمن العقد هو المعتبر على هذه الطريقة لا زمن إمضاء الخيار.

وإذا تقرّر وجوب بيع العبد إذا أسلم على سيده النّصراني وأن الغرض بهذا

(1) من قوله: (على ملك). . . . إلى (الإجارة) ساقط من المدنية.

زوال الملك عنه، والملك يزول بالعتق وبالهبة والصدقة فإذا أعتقه سيدّه النصراني فقد حصل الغرض من إزالة ملكه عن العبد. وكذلك لو تصدّق به أو وهبه لمسلم وزالت يده عنه، فإنّ الغرض أيضاً قد حصل وهو زوال ملك النّصرانيّ عن المسلم.

لكن لو كانت هذه الهبة أو الصدقة على ولد صغير مثل أن تكون نصرانية لها زوج مسلم، وله منها ولد صغير، فإن عبد هذه النّصرانيّة إذا أسلم فتصدّقت بالعبد على ولدها/ الصغير فإنّ الغرض أيضاً قد حصل من زوال ملكها عنه. لكون ولد المسلم مسلماً، وكون الصّدقة لا تعتصَر. وأمّا إن وهبته لولدها الصغير فإنّ الأشياخ اختلفوا: هل يكتفى بهذا في خروج ملكها عنه أم لا؟ فمنهم من ذهب إلى أن ذلك يكتفى به ويغني عن بيعه عليها لكون ولدها الذي وهب هذا العبد له مسلماً وأبوه يحوز له ما يملك، فقد تحقق زوال الملك وزوال اليد عنه من جهة سيدته النّصرانية، وإذا حصل الغرض لم تبق عليها مطالبة بعده. ومنهم من ذهب إلى أنّ ذلك لا يكتفى به لكون أحد الأبوين إذا وهب لولده هبة فإن له اعتصارها والرجوع فيها، فكون هذه النصرانيّة قادرة على ردّ هذا العبد إلى ملكها يصيّر العبد كأنّه باق على ملكها لم يسقط ملكها عنه.

واختلافهم هذا قد يجري على ما اختلف فيه المذهب من كون من قدر على أن يملك هل يعدّ كأنّه مالك الآن أو لا يعدُّ مالكاً حتى يصرّح بأنّه قد ملك ما جعله له الشّرع أن يملكه؟

وقد اعتضد من قال: إن هذه الهبة لا تكفي ها هنا في الغرض المقصود لأجل القدرة على الاعتصار بما ذكره في **المدوّنة** من أن رجلاً إذا كان عنده أختان مملوكتان فوطىء إحداهما، فإنه لا يحل له وطء الأخت الأخرى حتى يفعل ما يحرم عليه الأولى، الّتي وطئها، من عتق أو بيع وشبه ذلك. ولا يجزي في ذلك هبتها لولدٍ له صغير لكونه قادراً على اعتصار هذه الهبة منه. فقدر أن قدرته على ردّها إلى ملكه يصيرها كمن لا يخرج ملكها عنه.

وانفصل الآخرون عن هذا بأنّ هذا الذي يملك أختين مسلم يجوز له أن يعتصر ما وهب لولده. وهذه النّصرانية لا يجوز لها أن تعتصر العبد الذي وهبته لولدها إذا أسلم، كما لا يجوز لها أن تشتريه. فإذا كانت ممنوعة من اعتصاره لكون الكفر المنافي لاسترقاق المسلم، لم يقدّر أنها مالكة لهذا العبد كما قدّر ذلك فيمن ملك أختين وطىء إحداهما ثم وهبها لولده.

ولو أنّ هذا العبد، لما أسلم، لم يخرجه سيده عن ملكه حتى تعدّى فاستدان عليه ديناً فرهنه فيه، فإنّ هذا لا يكتفى به في إخراجٍ من ملكه، لكون الرّهن باقياً على ملك راهنه. وقد ذكرنا أنّه لا يصحّ أن يبقى المسلم في ملك الكافر. فإذا لم يصحّ هذا وجب بيع العبد على راهنه، لحقّ الله تعالى في ذلك، وحق العبد. فإذا بيع وجب تسليم الثمن لمن كان في يده رهناً بدلاً من عين العبد الذي إنّما عامل راهنه على أن أخذه ثّقة لحقه. إلاّ أن يدفع الرّاهن رهناً يكون ثقة بهذا الحقّ فيأخذ الثّمن لأنّ من بيده الرهن إنّما تعلّق حقّه بعين الرهن، وقد غلبه الشّرع عليها، فجعل ثمنها رهناً بدلها. فإذا أتى الرّاهن بثقة حقّه أخذ الثمن، وصار ما أتى به بدلاً عن العين التي غلب الشّرع عليها.

ومن الأشياخ من يشير إلى أنّ هذه المعاملة الّتي وقعت على أخذ عين هذا العبد فغلب الشّرع عليه فإنّ ثمنه ها هنا يعجل للمرتهن عنده لكون راهنه تعدّى في رهنه. فإذا بيع عليه صار كأنّه هو الذي باعه ليقضي ثمنه في الدّين.

ومنهم من يشير إلى أنّ إبقاء الرّواية على ظاهرها وإطلاقها في أنّه إذا أتى برهن ثقة حق من كان العبد بيده رهناً مُكّن من أخذ الثّمن سواءاً وقعت المعاملة على ارتهان عين هذا العبد، أو وقعت المعاملة على أن يأتي برهن ثقة الحق، فأتى بهذا العبد.

ولو أنّ/ سيّد العبد عقد فيه إجارة، وهو نصراني، من رجل نصراني، فأسلم العبد وقد بقي من الإجارة مدة، فإنّ العقد ينحلّ، ويؤدّي المستأجر إجارة ما تقدّم من الزّمن قبل إسلام العبد، ويفسخ العقد فيما بقي من أمد الإجارة.

وهذا الذي ذكره في هذه الرواية يمكن أن يكون بناء على أحد قولي **مالك** ومن وافقه من أصحابه في أنّ العبد المسلم إذا بيع من نصرانيّ فسخ البيع. وأمّا على الرّواية الأخرى، فإنّه تباع منافعه بقيّة أمد الإجارة على النّصرانيّ الذي استأجره كما يباع عليه إذا اشتراه.

وقد ذكر في **المدوّنة** أنّ من له دين على رجل باع الدّين من عدوّ للمديان إن هذا البيع يفسخ ولم يقل: إنّ هذا الدّين يباع على مشتريه الذي هو عدوّ من هو عليه. كما قال في عبد مسلم اشتراه نصراني أو مصحف اشتراه نصرانيّ، فإن ذلك يباع عليه لكون الكافر عدوًّا للمصحف والمسلم.

وقد اعتذر عن هذا بأنّ الدّين يتعذّر فيه تعذراً يلحق فيه ضرر لمن يباع عليه. فلهذا فسخ البيع فيه. والمصحف والعبد لا يتعذر بيعهما. فلهذا قيل: إنّهما يباعان ولا يفسخ البيع فيهما.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

أما أمير المؤمنين فإنّه إذا عاقد مهادنة وصلحاً على المسلمين بينه وبين قوم من الحربيين، فإنّ ذلك العقد يلزم سائر المسلمين في شرق البلاد وغربها، وحيثما كانوا. وما من سواهم من ولاة الأمور الذين ولاهم فإنّهم أيضاً يجوز عقدهم على مقتضى ما أذن لهم فيه أمير المؤمنين.

فإذا ولّى أحداً على إقليم معيّن أو بلد معيّن لا ينفد حكمه وعقده إلاّ فيما كان ما عقده لازماً على ما ولّي عليه دون غيره من البلاد التي لا ولاية له عليها.

وأمّا من ولي بحكم سيفه واقتداره، لا بولاية الإمام اللاّزمة طاعته، فإنّ هذا له حكم آخر. فإذا أغار قوم من الحربيين على قوم من الكفّار قد عُقِد لهم صلح وهدنة، فإنّه لا يجوز للوالي الذي عقد لهم أن يسبيهم ويملكهم. ولا يجوز ذلك لمن عقد ذلك عليه من المسلمين ممّن له ولاية عليه وهو من رعيته.

وأمّا إن سباهم قوم حربيون وأغاروا عليهم ثم أتوا بهم إلى الوالي الذي هادنهم، فهل يجوز له ولرعيته أن يشتريهم أم لا؟ هذا فيه قولان: المشهور

منهما أنّ ذلك لا يجوز. وذكر ابن **شعبان** أنّه جائز. وسبب الخلاف في هذا الالتفات إلى ما يقتضيه لفظ المعاقدة فإن كانوا عقدوا وهادنوا الملك المسلم على أن لا يسبيهم بنفسه ولا يشتريهم ممّن يسبيهم فإنّ هذا العقد يجب الوفاء به ولا يجوز لهذا المَلِك المسلم ولا لأحد من رعيته شراؤُهم. وإن عاقدهم على أن يكفيهم مؤونة نفسه وإن سباهم غيره اشتراهم، فإنّ هذا يبيح شراءَهم له ولرعيته. وإن أطلق المهادنة والصّلح فها هنا قد يحسن الخلاف: هل يتضمّن هذا الإطلاق ألاّ يشتريهم ممّن أتى بهم أو لا يتضمّن إلاّ كونه ألاّ يسبيهم ولا يحاربهم ويستبيحَ أموالهم.

ولو عاقد الإمام قَوماً على أن يدفعوا إليهم كل عام عدداً معلوماً من الكفّار فأتوا بذلك العدد من جملتهم ممّن لهم حكم عليهم (   )[1] تبع لهم كأبنائهم، فإنّ هذا العقد إن كان على التأبيد أو إلى أمد طويل فإنه لا يجوز للإمام أن يقبل ذلك منهم لكون من أَتَوْا به قد دخلوا في العقد والمهادنة. وأمّا إن كان قد عاقدهم وهادنهم إلى مدّة لطيفة كالسنتين/ والثلاث، ففي هذا قولان: أحدهما أنّه يجوز للإمام قبول ذلك منهم لكون الأمد اللّطيف لا يتضمّن دخول الأبناء والنساء فيه، بخلاف الأمد الطويل الذي يقتضي كبر الأبناء ودخولهم في العقد والمهادنة. وفي كتاب **ابن حبيب** أنّ ذلك لا يجوز. وقدر أنّ الأمد، وإن كان قليلاً، فإن المهادنة تتضمّن دخول أبنائهم فيه.

وأمّا الكفّار إذا دخلوا بلدنا للتّجارة بأمان فأرادوا بيع أولادهم ونسائهم، فإنّهم لا يمنعون من ذلك لكون التأمين إنّما تضمّن أنفسهم وأموالهم لا أبناءهم ونساءهم. وفي **الموّازية** لا يشتري منه زوجته وأبناءه الكفّار كما لا يشتري منه صاحبَه إلاّ أن يرضى صاحبه بذلك.

والجواب عن السؤال السّابع: أن يقال:

أما من كان مالكاً لماله على الحقيقة ملكاً لا يُقدر على إزالته من يده إلاّ

---

(1) بياض في النسختين بمقدار كلمة.

برضاه، فإنّ حكم الرّبا فيُقَدَّر فيه على حسب ما قدّمناه في كتاب الصّرف.

وأمّا من كان يباح له أخذ ماله بغير رضاه، كالعبد والحربي، فإنّ العبد لسيده أن ينتزع ماله من يده بغير اختياره. فإذا باع منه سيده ديناراً بدينارين أحدهما من العبد، فكأن الدينار الثاني انتزعه منه بحكم ما جعل له الشرع من انتزاع ما في يديه. ولو أنّ العبد دفع إلى سيّده ديناراً في دينارين لكان أيضاً إنما أعطى السيّد ماله وهو كخزانة أخذ السيّد منها مالاً ووضع فيها مالاً أكثر منه أو أقلّ. وهذا قد تقدم بيان حكمه. وسبب الخلاف فيه.

وأمّا الحربي فإنّه يجري على هذا الأسلوب. فإنّا، وإن قُلنا: إنّ الحربيّ مالك لما بين يديه لقوله تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَـٰرَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُمْ وَأَرْضًا لَّمْ تَطَـُٔوهَا﴾[1]. فأضاف المال إليهم، وهم ممن يعقل، والإضافة لمن يعقل إضافة ملك لا إضافة اختصاص. فإنّ للمسلمين غزوهم وأخذ أموالهم بالسّيف والقهر، فصار المسلم كالقادر على انتزاع ما في يد الحربي بالشّرع. وإن منعه الحربي بسيفه، فإنّ المسلم المغلوب على حقه، فله أن يأخذه بتحيّل عليه بأن يسمّي ذلك بيعاً. أو يقال: فإنّه يمنع من ذلك لكونه لم يأخذه على جهة القهر والغلبة والغنيمة بل على جهة المبايعة، وهو في الشّرع ممنوع من المبايعة في الرّبا، كما يمنع المسلم من أخذ مال الحربيّ إذا ائتمنه عليه، وإن كان مال الحربيّ مباحاً له، لكن أخذه على جهة الخيَانة في الأمانة ممنوع منه، لورود الشرع بأداء الأمانة لمن ائتُمن عليها. فكما منعت الأمانة من أخذ هذا المال الذي يباح أخذه بالسّيف وبالسّرقة والغصب كذلك تمنع المبايعة التي فيها الرّبا من أخذه أيضاً.

وقد اختلف في المسلم إذا كان ببلد الحرب يتمكّن من وطء امرأة حربي استبرئت، أو حربيّة لا زوج لها، هل يحدّ كما ذهب إليه **ابن القاسم** لأنّ الفروج لا تستباح إلاّ بنكاح أو ملك يمين، وهذا لم يتزوّج ولم يملك، فصار كالزّاني. أو لا يحدّ، كما ذهب إليه **عبد الملك**، لأنه يباح له أخذ الرقبة بالقهر، فإذا

---

(1) سورة الأحزاب، الآية: 27.

غلب عليها، ولم يغلب على المنفعة، كان له أن يستبيح المنفعة، ويكون كمن وطىء ملك يمينه، لا سيّما والحدود تدرأ بالشّبهات.

وقد اختلف المذهب في قطع من سرق ملك حربيّ نزل ببلد من بلاد المسلمين بأمان لتجارة، فأسقط عنه القطع في أحد القَولين لكون الحربيّ يستباح ماله، وهو إنّما عصم ماله ودمه بسبب الأمان إلى حين، فصارت هذه شبهة ترفع حكم القطع في السّرقة.

والجواب عن السّؤال الثامن أن يقال:

اختلف المذهب في/ جواز معاملة اليهود والنّصارى وغيرهم من أهل الكفّار[1] بالدّنانير والدّراهم المنقوش فيها اسم الله، عزّ وجلّ. فالمشهور، في **المدوّنة** وغيرها، النّهي عن ذلك احتراماً لاسم الله، سبحانه، أن يمسّه كافر وهو نجس، كما قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَـٰذَا﴾[2]. فعلّل هذا الحكم باحترام المسجد الحرام عن النجاسة. فكذلك يجب أن يحترم اسم الله، سبحانه، عن النجاسة. وأجاز **ابن كنانة** معاملتهم بها. وقال: لم يزل اليهود والنصارى والحائض يمسها قديماً وحديثاً، ولا ينكر ذلك أحد من العلماء، فيما علمناه. وهذا يلتفت فيه إلى كون هذا المحرّم نزر الجرم وكونه ممّا تدعو الضروزة إلى إباحته، ألا ترى أنه يمنع السّفر بالقرآن إلى أرض العدوّ، وقد كتب النبيّ ﷺ إلى هرقل ملك الروم: ﴿قُلْ يَـٰٓأَهْلَ ٱلْكِتَـٰبِ تَعَالَوْا۟ إِلَىٰ كَلِمَةٍ سَوَآءٍۭ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلَّا ٱللَّهَ﴾[3] الآية. وهذا لكون هذا ممّا دعت الضرورة إليه مع كونه نزر الجسوم. وكذلك الجنب يقرأ القليل من القرآن متعوّذا، للحاجة إلى ذلك. ولا يقرأ الكثير.

وكذلك الدنانير والدراهم رأى **ابن كنانة** أنّ هذا ممّا تدعو الضرورة إلى

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: من أهل الكفر. أو: من الكفار.

(2) سورة التوبة، الآية: 28.

(3) سورة آل عمران، الآية: 64.

المعاملة به، مع كون ما كتب فيه نزر الجرم.

ورأى ابن القاسم أنّ هذا لا ضرورة فيه تبيح هتك هذه الحرمة فلم يجز ذلك.

وقد اختلف في تعليق الحرز على اليهود والنصارى فيه شيء يسير من القرآن، وهو جار على هذا الأسلوب الذي ذكرناه.

وكذلك اختلف في الخاتم فيه اسم الله هل يستنجى به؟ فأجازه **مالك** للضرورة إليه. ومنع منه **ابن القاسم** لورود الخبر بأنه ﷺ **ينزع خاتمه إذا دخل الخلاء**[1]. وقدر **مالك** أنّ هذا ممّا يشقّ لتكرّره فأجازه.

وألزم على هذا أن يقول ما قال **ابن كنانة** من جواز مبايعة اليهوديّ والنّصراني بالدّنانير المنقوش فيها اسم الله، تعالى، للضرورة إلى ذلك أيضاً.

وهذا قد لا يلزم لإمكان أن يكون **مالكاً**، رضي الله عنه، رأى أنّ الضرورة في الخاتم ليست كالضرورة للدّنانير والدّراهم.

وانظر إلى ذكر **ابن كنانة** الحائض مع اليهودي والنّصرانيّ في جواز مسّ الدّنانير والدّراهم، هل يشير هذا إلى أنّ **ابن القاسم** ينهى الحائض والجنب عن مسّ الدّنانير والدّراهم؟ أو إنّما ذكر ذلك كالحجّة بما كونه عنده متفقاً عليه؟

وقد كان بعض الأشياخ لا يرى أن يكتب في وثائق اليهود والنّصارى البسملة إذ لا تدعو ضرورة إلى العفو عن ذلك.

والجواب عن السّؤال التاسع أن يقال:

قد تقدّم فيما سلف من كلامنا في البيوع حكم ما يجوز بيعه وما لا يجوز، وإن ما لا منفعة فيه لا يجوز بيعه وإن كان حلالاً في عينه كالخشاش وشبهه ممّا لا منفعة فيه. وكذلك ما فيه منفعة وهي محرّمة ولا منفعة فيه محللة كالخمر والخنزير وشبه ذلك. فإنّ بيعه محرّم لكون المنفعة لما حرمت صارت كالعدم ولحق ذلك بما لا منفعة فيه أصلاً. وزاد هذا عليه بكونه حراماً في عينه. وما

---

(1) الترمذي: الشمائل: 76. حد. 93.

اختلطت فيه المنافع مُحرّم بعضها وحِلٌّ بعضها اعتُبِر فيه المقصود منه هل هو المحلل، فيجوز على الجملة بيعها، أو المقصود المحرّم فيمنع بيعه، على ما تقدّم تفصيل القول فيه في موضعه.

وإذا تقرّر أن الخمر لا يحلّ/ شربها، ولا منفعة فيها إلاّ الشرب حرم بيعها، لقوله ﷺ: «**إن الذي حرم شربها حرّم بيعها**»[1] **وقوله: «لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها**»[2].

لكن يبقى فيها نظر آخر وهو صحة حيازتها وإقرارها في يد المسلم.

فأمّا إقرارها في يده وصحّة حوزه لها فإن كان الغرض بذلك شربها فإنّ ذلك يمنع منه، ويوجب إراقتها عليه.

ولو كان ليخلّلها جرى ذلك على الاختلاف بين أصحابنا في جواز استعمالها إذا صارت خلاًّ بِتَخليل من هي في يديه لها. فمن منع استعمالها إذا صارت خلاًّ من قِبَل من هي في يديه لم يصح إقرارها في يديه ولا يصحّ حوزه لها. ومن سهل في أكلها إذا خلّلها أمكن ألاّ يُمنع من بقائها في يديه، ولا تراق عليه إذا أمن من شربه لها خمراً.

ويُثْمِرُ هذا اختلافاً في مسلم غصب خمراً من يد مسلم، فصارت في يد الغاصب خلاّ.

فإن قلنا: إنّ من كانت في يده لا يصحّ منه حوزها ولا تقرّ في يديه، فإنّ ما صار خلاّ في يد الغاصب يكون للغاصب. كما لو وجده في فلاة غير مملوك لأحد ولا عليه يدُ أحد.

وإن قلنا: يصحّ إقرارها في يديه وحوزه لها ليخلّلها. فإنها إذا تخللت كانت لمن غصبت منه. كعبد غصب فَنَمَا في يد الغاصب، فإنّه يعاد إلى المغصوب منه.

---

(1) الموطأ: أشربة 12.

(2) البخاري: أنبياء 50.

فإذا تقرّر هذا عدنا إلى أحكام المبايعة فيها. ولا يخلو التّبايع فيها أن يقع بين كافرين أو بين مسلمين أو بين مسلم وكافر. وهذا القسم الثالث على قسمين أحدهما أن يكون الكافر هو الذي باعها من مسلم أو المسلم هو الذي باعها من كافر.

فأمّا إذا وقعت المبايعة فيها بين كافرين فليس لنا إنكار ذلك عليهما لكون ذلك سائغاً في دينهما الذي أقررناهما عليه.

وإن كانت المبايعة بين مسلمين اتّضح أن كل واحد منهما لا يجوز له بيعها ولا شراؤها ولا أخذ ثمنها، فإن فعلا ذلك وكانت الخمر قائمة لم تفت فإنها تكسر وتُراق، لكون بائعها من مشتريها لا يحلّ لواحد منهما تملكها ولا المعاوضة عليها. فإذا أريقت على البائع، لكونه باع ما لا يحلّ له، لم يلزم المشتري ثمنها، لكونه غير ممكن من المثمون. وإذا دفع الثمن ردّ إليه لكونه ثمناً لما لا يحلّ عند البائع والمبتاع. هذا إذا كانت الخمر قائمة. فإن استهلكت وفاتت عند مشتريها، فإنّ أبا حنيفة قال: يتصدّق بالثمن سواء دفعه مشتريها أو لم يدفعه، وهكذا مذهبه إذا تعامل بها مسلم مع كافر وفاتت الخمر، فإنّه يتصدّق بالثمن دفع أو لم يدفع، سواء كان باعها مسلم من نصرانيّ أو نصرانيّ من مسلم.

وأمّا إن تبايع مسلم وكافر، وكان البائع نصرانيًّا وكانت الخمر قائمة، فإنّ فيها ثلاثة أقوال: ذهب **سحنون** إلى الصدقة بالثمن، قبضه النّصرانيّ البائع أو لم يقبضه. وذهب **ابن حبيب** إلى أنّه لا يتصّدق بالثّمن قبضه البائع النّصراني أو لمْ يقبضه. فإن كان لم يقبضه النّصرانيّ لم يؤخذ من المسلم، وأُريقت الخمر إذا دفعها النّصرانيّ أو أبرزها للدّفع وإن كان قبضه النّصرانيّ أبقي له، وأريقت الخمر على المسلم. وذهب **مالك** رضي الله عنه إلى التّفرقة، فقال: إن قبض الثمن أقرّ في يديه، فإن لم يقبضه تصدّق به عليه أدباً له.

وأمّا إن كان بائعها مسلماً من نصرانيّ، فقد ذكر **ابن الموّاز** أنّ المسلم

الذي باعها إذا قبض الثّمن أخذ من يده وتصدّق به. فإن كان لم يقبضه فاختلف قول **مالك** في ذلك. فقال مرّة: لا يؤخذ الثمن من النّصراني. وقال مرّة أخرى: يؤخذ الثمن من النّصراني فيتصدّق به. وهو/ اختيار **ابن القاسم**. واختار **ابن الموّاز** نقض البيع من أصله، فتردّ الخمر من يد النّصراني وتُراق على المسلم. وإن استهلكها النّصراني أغرم مثلَها فتراق على المسلم. وأمّا الثمن فإنّه يردّ على النّصراني، ولو قبضها البائع المسلم. واعتلّ في هذا بأنّ البيع منتقض. وحقيقة النقض له والفسخ أن يرجع الثّمن إلى دافعه والمثمون إلى دافعه، فيراق على دافعه لكونه مسلماً.

هذا الذي وقع من الروايات المشهورة في المذهب في هذه الأقسام.

والذي ينبغي أن يلتفت إليه في النّظر في هذا المذهب أنّه إذا تقرّر كون الخمر لا يصحّ ملك المسلم لها، ولا ملك عوضها، وتقرّر أيضاً وجوب فسخ العقد فيها، وتقَرَّر أيضاً أن التسليط على إتلاف ثمن أو مثمون قد يقتضي سقوط غرامته. اعتبرنا هذه الأصول فقلنا:

إذا باعها الكافر من مسلم، عالماً أنه مسلم، فإنّه ما يستحيل[1] بيعه في دينه، ويعلم أنّ مشتريه لا يحلّ له شراؤه في شريعته الّتي هي الإسلام، فصار كمن دخل على ثمنٍ لا يستحقّه على المسلم الذي اشترى منه الخمر لكونه حراماً في شريعة الإسلام، ودخل المسلم على أنّه يخرج من ملكه هذا الثمن، وشريعة الإسلام تقتضي منع دفعه إلى النّصراني. فصار هذا الثّمن كمال لا **مالك** له، فوجب الصدقة به، كما تجب في الأموال الّتي لا يعرف لها مالك.

وقد ذكرنا أنّ **ابن حبيب** ذكر أنّ الخمر إذا فاتت فلا بدَّ من إخراج ثمنها من يد من هو عنده والصّدقة به. وهذا أيضاً يلتفت فيه إلى أصل آخر وهو أنّ من استهلك خمراً للنّصراني ففيه قولان هل تلزمه قيمة الخمر أم لا؟ فإذا قلنا: لا يلزمه قيمة الخمر لكونها محرّمة في نفسها، لا سيّما على القول بأنّ الكفّار

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ممّا يستحلّ بيعَه.

مخاطبون بفروع الشريعة، اقتضى ذلك ألاّ يلزم المشتري، إذا كان مسلماً فاستهلكها، ثمنها.

وإن قلنا: إنّ مستهلك الخمر في يد ذميّ يلزمه قيمتها، نظرنا في هذا: هل يلزمه الثّمن أو يسقط عنه.

بخلاف الاستهلاك لها من غير مبايعة لكون النّصرانيّ الذي باعها سلط مشتريَها عليها، وأذن له في إتلافها، مع علمه بأنّه محرم في شريعة الإسلام المعاوضة عليه. وأمّا لو كان النّصراني لم يعلم أنّ مشتريها منه مسلم لكان له المطالبة بالثّمن لأنّه لم يخرجها من يده إلاّ عن عوض تراضياً عليه.

ولو اشتراها من النّصرانيّ نصراني وهو يعلم أنّه اشتراها لمسلم لكان الحكم فيها كما لو باشرها المسلم بالشّراء.

وأمّا إخراج الثّمن من يد النّصرانيّ والصدقة به فإنّا إذا قلنا: إن المسلم، لما باعها، وهو يعلم أنّ ثمنها لا يحلّ له، صار كالمتصدّق به لكونه مَا لاَ مالكَ له، فإنّه يلتفت فيه إلى من التزم صدقة على غير معين، هل يجبر على إخراجها أم لا؟

فهذه النكتة الّتي يجب أن يلتفت إليها وتبنى عليها هذه الروايات التي قدّمناها.

وقد ذكرنا عن **مالك** رضي الله عنه أنّه قال في المسلم إذا اشتراها من النّصرانيّ، ودفع الثمن إلى النّصراني البائع، فإنّه لا ينزع من يده. وإن لم يدفعه، وأخذ من يد المسلم، نتصدّق به على النّصراني أدباً له. فقد يقال ها هنا: هلاّ قال **مالك** كما قال **سحنون** في الصّدقة بهذا المال وإن قبض لكون التأديب في الحالين/ على حدّ سواء.

وهذا عندي وجهه أنّ الثّمن إذا قبض فقد فرغ من العقد، وصار النصراني في يده مال قد قبضه، وهو يعتقد استحلاله واستحقاقه لقبضه، ولم يحتج في أخذه ممّن هو عليه إلى قضية قاض، فلم يلزم القاضيَ اعتراضٌ. وإذا لم يقبضه

النّصراني وطلب به المسلم احتاج إلى أن يرفع إلى القاضي فيحكم له عليه، فإذا حكم له القاضي عليه صار كحاكم بإمضاء بيع الخمر، والحكم بذلك لا يصحّ، فعدل القاضي عن ما لا يصح حكمه إلى ما يصحّ الحكم به وهو الصدقة بمال كأنّه لا مالك له، وقد كنّا قدّمنا عن بعض أشياخي في كتاب الردّ بالعيب أنّه كان يرى أنّ المذهب على قولين في البيع هل حقيقته العقد خاصّة أو التفاصُل لما تقدم العقد عليه، وإذا لم يحصل قبض الثمن فكأنّ البيع لم تحصل حقيقته فلم يكن للقاضي أن يستأنف حقيقة البيع ها هنا. وقد ذكر في **المدوّنة** في كتاب الردّ بالعيب في ذميّ باع من مسلم جارية بخمر، ففاتت في يد مشتريها بعتق أو استيلاد، فإنّه يرد قيمتها للذميّ، ويغرم الذميّ مثل الخمر فيكسّر عليه. وهذا هو أحد الأقوال الثلاثة، الّتي قدّمناها، من نقض البيع من أصله وردّ كل مبيع لبائعه. أو ردّ قيمته إن فات. وعلى ما ذكرناه من القول الآخر لا يردّ القيمة إلى بائع الجارية لكن يتصدّق بها.

وممّا لا يلحق بهذا النّظر في معاملة الذمّييْن على ما لا يجوز في شرعنا ثم أسلما بعد المعاملة، أو أسلم أحدهما، فلا يخلو: إمّا أن تكون المعاملة نجزت بين المتعاملين، وهما كافران، بتقابض الثمن والمثمون، وكان إسلامهما بعد ذلك، أو أسلما قبل أن يتقابضا لا الثمن ولا المثمون، أو أسلما بعض بعد أن تقابضا أحد العوضين، إما الثمن وإما المثمون.

وهذا نقدم قبله أن تعلم: أن عقود المشركين فاسدة يصححها الإسلام على ما سنبيّنه في كتاب النكاح، إن شاء الله عزّ وجل. ونذكر فيه الاستدلال على هذا. بتخيير النبيّ ﷺ **من أسلم على عشرة نسوة في أن يفارق ستًّا منهنّ ويتمسّك بأربع**[1]. وقد قال تعالى: ﴿**قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ**﴾[2] وقال عليه السلام: «**الإسلام يَجُب ما قبله**»[3] وهذا لا يختلف فيه

---

(1) الموطأ: الطلاق: 76.

(2) الانفال: 38.

(3) أحمد: المسند: 4، 199، 204، 205.

في أنّه يجب ما قبله من آثام الأفعال المحرّمة، والعقود الفاسدة.

وإنما يبقى النظر في إمضاء العقود أو ردّها بعد الإسلام. فإذا تعاقدا على بيع دينار بدينارين إلى أجل، أو بدراهم إلى أجل، أو أسلم دراهم في خمر إلى أجل، إلى ما في معنى ذلك من المحرّمات، فإنّهما إذا لم يتقابضا لا ثمناً ولا مثموناً حتّى وقع الإسلام نقض ذلك عليهما، إذ لم يحصل إلاّ مجرّد القول بينهما. فإن قبض أحد العوضين قبل إسلامهما ولم يقبضْ العوض الآخر، فالمذهب على قولين: مذهب **مالك وابن القاسم** فسخ العقد، تغليباً لما لم يقبض على ما قبض، فكأنّهما أسلما قبل تقابض الثمن والمثمون. ومذهب **عبد الملك وسحنون ومحمد بن الحكم** إمضاء العقد، تغليباً لما قبض على ما لم يقبض، حتى كأنّهما تقابضا الثمن والمثمون قبل إسلامها. لكن يشترط أن يكون الذي لم يُقبض يصحّ تملّكه في شرع المسلم، مثل أن يسلم ديناراً في دينارين، فدفع الدّينار وأسلما جميعاً قبل قبض الدّينارين، أو أسلم ديناراً في دراهم ثم أسلما جميعاً قبل قبض الدّراهم، فإنّ أصل **مالك وابن القاسم** ردُّ رأس المال، والمنع من/ قبض الدّينارين أو الدّراهم المؤخّرة، لأنّ القبض نتيجة العقد وهو المقصود بالعقد، والعقد كالمتّبع تبع له في المقصود. وإذا أسلما جميعاً فإنّ التقابض في الدراهم وفي الدينارين إنّما اقتضاه عقد الرّبا الذي تعاملا عليه، وهما قد صارا إلى شريعة تحرم ذلك عليهما.

وعلى مذهب الآخرين يقبض الدّينارين ويقبض الدّراهم لكون الدّنانير والدّراهم يصح التقابض فيهما في الإسلام وما مضى من العقد في الكفر بحيث ( )[1] الآثام فكأن التقابض وقع عن عقد صحيح جائز.

وهكذا ذكر **ابن الموّاز** فيمن أسلم ديناراً في دراهم، ثم أسلم المتبايعان قبل قبض الدّراهم، أنّ الدّراهم تقبض.

وهكذا اختلف في نصرانيّة تزوّجت نصرانيًا، فأسلما معاً قبل الدّخول، وقد قبضت النصرانيّة الخمر قبل إسلامها. فإنّ أحد القولين أنّ الزّوج لا يمكّن

---

(1) كلمة غير واضحة.

منها إلاّ بعد أن يدفع صداق المثل بناء على أنّ قبضها للخمر لا تأثير له، والعقد لا يجب إمضاؤه لكن كبيع فاسد فات يُرجع فيه إلى القيمة، والعقد على هذا كالفوت يجب فيه الرّجوع إلى قيمة البضع وهو صداق المثل. وعلى القول الآخر يمكن الزّوج من الدّخول بها من غير غرامة تلزمه بناء على أنّ العقد لا يفسخ وكأنهما تقابضا الثمن والمثمون قبل إسلامها. ولو كان المسلم في خمر ثم أسلم المتبايعان قبل قبضهما، يجري ذلك على ما أصّلناه من الخلاف. فقد قال **سحنون** في **السليمانية**: ليستمسك المسْلم إليه برأس المال من غير عوض يلزمه. وهذا إبقاء منه على إمضاء عقودهم الفاسدة إذا وقع الإسلام منهما بعد عقدهما، فلا يلزم قابض رأس المال أن يردّه لأنّ ردّه إلى دافعه فسخ له.

ومذهب هؤلاء أنّ العقد لا يفسخ لوقوع إسلامهما. لكن **سحنون** رأى أنّ الواجب لمّا قبض المسلَم إليه رأس المال ولم يوجب عليه ردّه، أن يغرم الخمر الّتي هي عوض رأس المال الذي أمضيناه له، وهو لا يصحّ منه غرامتها لكونه أسلم، والمسلم لا يسوّغ له شراء الخمر ليقبضها في دين، ولا يسوغ أيضاً لمن أسلم فيها أن يعطاها، ولو أعطيها لأريقت عليه، فاقتضى هذا بطلانها من الذمّة، وإمضاء رأس المال لقابضه من غير غرامة عليه. وسلك **محمد بن عبد الحكم** هذه الطّريقة في إمضاء العقد وكونه لا يفسخ ولم يقبّض[1] بالخمر لما عللّناه به من منع القضاء بها، فعدل عن ذلك إلى أن يكلّف من بنى عليه غرامةً غرامةَ قيمتها عوضاً عن عينها، لما استحال عنده القضاء بالعَيْن، لكونها لا يصحّ ملكها في الإسلام، ورأى أنّ من أسلم دنانيره في خمر فيقضى بأن لا تردّ إليه، ولا يأخذ عنها عوضاً إضراراً به، ومخالفة لما تعاقدَا عليه، فعدل إلى إغرام القيمة لرفع الضرر وطلباً للمساواة بين المتعاملين.

وعلى الطريقة الثانية في أنّ العقد يفسخ من أصله، يردّ عليه رأس المال. فكأن هؤلاء أمروا بردّ رأس المال ليتحقق فسخ العقد، إذ لو لم يردّ لم يكن للفسخ معنى

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يقْضِ.

ورأى **ابن عبد الحكم** أن العقد لا يفسخ، ولكن يردّ عوض ما لا يحل تملك قيمته. والقيمة عنده لا تعتبر حين العقد[1]، كانا يعتقدان جواز ما صنعا وإنّما اعتقدا إبطاله لما أسلما، فتكون القيمة يوم المحاكمة لمّا أسلما. وهكذا اختلف أيضاً في النصرانيّة إذا تزوّجت نصرانيًّا بخمر، ودخل بها الزّوج قبل أن يدفع الخمر، ثم أسلما. فقيل: عليه صداق المثل، بناء على أنّ العقد يفسخ، وترجع إلى/ قيمة السّلعة الفائتة لعقدٍ فاسد كما قدمناه. وقيل: لا شيء على الزّوج سوى الخمر الذي بذله صداقاً، وهو لو دفعه إليها لما أسلمت لأريق عليها، فلا فائدة في المطالبة به. وعلى قول **محمد بن عبد الحكم** يكون قيمته بدلاً من عينه.

فحصل من هذا أنّ ما يحلّ تملّكه فيه قولان، هل يفسخ ويقضي بردّ رأس المال أو يمضي ويقضي بأخذ العوض عن رأس المال على ما هو عليه؟

وإذا كان لا يحلّ تملّكه كالخمر ففيه ثلاثة أحوال:

فسخ العقد وردّ رأس المال.

وإمضاؤه وسقوط العوض الذي هو الخمر فلا يغرم لتعذر غرامته وكأنها كالمستحيلة في حق المسلمين فبطل العقد.

أو يغرم القيمة بدلاً من العين الّتي لا تحلّ.

وأمّا إذا أسلم أحد المتعاملين وبقي الآخر على دينه. فإذا قلنا: إنه لا يفسخ العقد إذا أسلمَا جميعاً، وقد قبض أحدَ العوضين، مع كونهما يَدِينَان بِدِينِ الإسلام الذي يحرّم عليهما فيه استئناف مثل هذا العقد. فكذلك إذا أسلم أحدهما مع كون الآخر تعلّق له حقّ، وهو يعتقد أنّ العقد الذي فعل حلال له.

وإذا قلنا بفسخ العقد إذا أسلما جميعاً، فإن **ابن القاسم** ذهب إلى فسخه، لكونه حكماً بين مسلم وذميّ، والحكم بينهما كالحكم بين المسلمين.

وأمّا **مالك** فإنّه يتوقّف في ذلك إذا تعلّق للنّصراني حقّ في إمضائه، فقال:

---

(1) هكذا النصّ، والمعنى يقتضي إضافة: إذ.

إن أسلم ذميّ إلى ذميّ ديناراً في دينارين، فإنّه إن أسلم الذي دفع الدينار لم يكن له سواه، لكون الفسخ على مقتضى دين الإسلام، الذي رجع إليه لا يوجب له إلاّ رأس ماله، ولا مضرة على المسلم إليه الذي بقي على دينه، بل الفسخ أنفع له لكونه إذا لم يفسخ ذلك ألزم ديناران فإلزامه ديناراً واحداً منهما أنفع له وأخفّ عليه. وأمّا إن أسلم الذي عليه الدّيناران فإنّ **مالكاً** رضي الله عنه، قال: لا أدري. لأنّه إذا فسخ العقد في حقّ هذا المسلم لحق النّصراني ضرر بإسقاط دينار كان استحقه لما عقد هذا العقد، والمتعاقدان نصرانيان. فإن أمر الذي أسلم بدفع دينارين فقد تمّم العقد وأمضاه عليه، .وهو في دين الإسلام محرّم ممنوع.

وقد ذكر في **الموازية** في نصراني أسلم ديناراً في دراهم إلى أجل لنصرانيّ مثله، ثم أسلم دافع الدّينار، فإنّه يفسخ العقد في حقه خاصة. لكون هذا حراماً في دين الإسلام. ولا يفسخ في حقّ النّصراني الذي بقي على دينه. وإذا لم يفسخ في حقّ النّصراني قضي عليه بإخراج الدراهم الّتي في ذمته. ونهي المسلم عن أخذها، لئلا يكون متهماً لعقد عقد على ربا. فتباع الدّراهم، ويشتري بها ديناراً. فإن قصرت الدراهم عن الدّينار كان ذلك مصيبة على دافع الدّينار. وإن ساوته أخذ الذي أسلم الدّينار رأس ماله. ووافق ذلك طريقة من فسخ العقد في حقهما جميعاً وردَّ رأس المال. وإن فضل من الدّراهم فضلة ردّت للنّصراني، لكون المسلم حرام عليه أخذها. فتعود إلى ملك النّصرانيّ الّذي دفعها. وهذا كالأمر بردّ رأس المال فيمن أسلم ديناراً في دينارين. ولكنّه ها هنا لمّا كان قد يلحق النّصراني ضرر في القضاء عليه بدينار، لكون الدراهم نقصَ قيمتها عن الدّينار، أو لتعذر الدّينار عليه، روعي حقّه في ذلك، على حسب ما قلناه.

وأمّا إن أسلم ديناراً في خمر، والمتعاقدان على ذلك نصرانيان، فأسلم الّذي عليه الخمر، فإنّه يفسخ العقد في حقّه، ويردّ رأس المال، ولا يراعى في ذلك حقّ النّصرانيّ، لكون الخمر يستحيل من المسلم/ تملّكها في شَرعه، ولا يجوز له شراؤها. فصار النصرانيّ وإن تعلّق له حق بأن لا يفسخ العقد، ويطلب الخمر التي أسلم فيها، فإنّه لمّا استحال وجودها عند المطلوب استحال طلبه،

ووجب فسخ العقد. كمسلم اشترى سلعة معيّنة فيها حق توفية، فهلكت لمّا استحال طلب المثمون[1] إذا هلك، أو أسلم في شيء فطرأ ما أحال وجودَه.

وإن أسلم الذي له الخمر فقال **مالك** هاهنا: لا أدري. لأنّه إن فسخ العقد وأمر النّصرانيّ الذي عليه الخمر بردّ رأس المال، وقد تعلّق له حقّ بأن لا يرد إلاّ عوضه لَحِق النّصراني في ذلك ضرر. وإن أمر النّصراني بأنْ يدفع ما عليه من خمر مراعاة لحقّه، لَحِق الذي أسلم ضرر لكونه لا يحلّ له تملّكها، وإذا أخذها أريقت عليه. فتوقف **مالك**، رضي الله عنه، في هذا لأجل تعارض الحقّين. وقد ذكر عن **ابن القاسم** أنه قال: يغرم النّصرانيّ الخمر وتراق على المسلم إمضاء للعقد في حقّ النّصرانيّ، كما[2] يلحقه في فسخه من الضّرر، وإذا أمضي العقد في حقه وجب إراقة الخمر على الذي يصير إليه إذ لا يحلّ له ملكها ولا شربها.

وقد قيل في سلف الخمر، إذا أسلم الذي دفعها قرضاً مثل هذا كما نذكره الآن. وهذا على هذه الطريقة. وقال **عبد الملك**: إذا أسلم الذي عليه الخمر لم يكن عليه غرامة، ولا للطّالب الذي دفع رأس المال فيها مطالبة بشيء. وهذا كمثل ما حكيناه عن **سحنون** في **السليمانيّة** أنّه إذا أسلمها[3] جميعاً فإنه يسقط الخمر عن من هي عليه ولا مطالبة عليه برأس المال ولا غيره.

وعلى طريقة **محمد بن عبد الحكم** يغرم الّذي عليه قيمتها عوضاً عن عينها لمّا استحال ملكه لها وشراؤه إيّاها شرعاً.

وقد أشار بعض المتأخّرين إلى أنّ هذا يقدر بإسلامه كمن استهلك خمراً في يد نصراني، فإنّه يغرم قيمتها على إحدى الطريقتين عندنا.

وهذا البناء على هذا الأصل يعترض بأنّ الذميّ لا يجوز للمسلم أن يُقبضه

---

(1) هكذا في النسختين.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لما.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أسلما.

ما في يديه من خمر، لأنّه عهد[1] على إقرارها في يديه. فإذا تعدّى المسلم عليه طولب بالتعدّي، وهذا غير متعدٍّ بإسلامه بل هو مأمور به، فلا يقدر إسلامه ورجوعه إلى الدّين الحق تعدّياً على النّصراني حتى يطالبه النّصراني بما أتلف، ولا يتهم أحد في أن يسلِم ويدين بدين الحق ليبطل خمراً وجب عليه في حال كفره.

هذا حكم تعاملهما على جهة المعاوضة في الخمر والرّبا.

وأمّا لو أسلف خمراً أو خنزيراً ثم أسلما جميعاً، فإنّ الخمر يسقط الطلب بها، لكونها حرمت على الطالب والمطلوب، ها هنا، لما أسلما.

وإن أسلم الذي دفعها وأسلفها فإنّه ذكر في **الموّازية** أنّ المطالبة ساقطة أيضاً بينهما، أسلم الطالب أو المطلوب. وذكر **ابن القاسم** أنّ الطّالب إذا أسلم قضي على المطلوب بأن يدفع إليه الخمر فتراق، أو الخنزير فيقتل. وإن أسلم المطلوب غرم قيمتها لتعلّق حقّ النّصراني بأن يردّ إليه ما دفع. والذي عليه الخمر والخنزير لا يصحّ منه شراء ذلك ولا ملكه، فكلّف أن يدفع عنه عوضاً يجوز في دين المسلمين أن يتملّكه ويشتريه ويقضيه في دين عليه.

والجواب عن السؤال العاشر أن يقال:

الرِّبَاع الذي[2] في بلد الكفّار على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون المسلمون صالحوهم على ألاّ يقاتلوهم ولا يبيحون من أموالهم بعوض يأخذونه/ منهم.

والثاني: أن يكون المسلمون استولوا عليهم الأرض وفتحوها عنوة وأقرّوا سكّانها فيها الذين كانوا أهل حرب.

والثالث: أن تكون أرضاً أجْلِي عنها أهلها، وتركوها خالية، فراراً من أن يغزوهم المسلمون.

فأمّا الأرض الّتي صالحوا عليها بعوض يؤخذ منهم، فإنهم يبقون فيها

---

(1) هكذا في النسختين ولعل ما يقتضيه المعنى أن يغصبه ما في يديه... لأنه عاهد.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: التي.

على ما كانوا عليه قبل الصلح لا تنزع من أيديهم ولا تباع عليهم، ما داموا يؤدّون ما صالحوا عليه، لأنّ نزعها من أيديهم وبيعها عليهم نقض لما عاهدناهم عليه. وإذا مات منهم أحد وَرِثَه ورثته يرثون أرضه وماله. وإن لم يكن له ورثة في ماله قولان: قال **ابن القاسم** يكون للمسلمين، وروي عنه أنه قال: يكون ملكاً لأهل بلده يستعينون به فيما عليهم من الأداء الذي صولِحوا عليه.

فكأنه أجراه في القول الأول مجرى مسلم مات ولا وارث له، فإن ماله يكون للمسلمين فلا يكون من لا وارث له من الكفار أعظم منه رتبة في منع المسلمين من ماله.

وكأنّه قدر في القَول الآخر أنّ الصّلح عُقد على أنّ من مات منهم يستعينون بماله إذا لم يكن له وارث منهم بالقرابة.

وهذا يقتضي النظر فيه اعتبار كيفية الصّلح. فإن كانت المعاقدة على أنّ من مات ولا قريب له منهم يرثه، فإن ماله لهم بأنّه لا ينبغي أن يختلف في أنّ ماله يبقى لهم لكون الشّرع منعنا من نقض العهد الذي عاهدناهم عليه. وإن عاهدناهم على أنّ من مات ولا وارث له فلا حقّ لهم في ماله، فلا ينبغي أيضاً أن يختلف في أنّه لا يجب تمكينهم منه، لأنّهم أهل حرب بقي الحكم فيها على الأصل الذي كان عليه من استباحة أموال أهل الحرب.

ولكن إذا أطلق الأمر في المعاهدة وجب النّظر في المفهوم منها، وعلى ماذا يحمل إطلاقها من القسمين، فيجوز الحكم فيه. والأظهر مع الإشكال والاحتمال أن يبقى المال على استباحة المسلمين له.

هذا حكم موته.

وأمّا حكم إسلامه، فإن المشهور أنّه إذا أسلم بقيت له أرضه وماله، وسقطت عنه الجزية، وعن أرضه الخراج. وذكر **ابن حبيب** أنّ هذا إنّما يقضى به إذا كان وقع الصّلح على جزية فرضت على كل واحد منهم، وخراج ضرب على كل واحد منهم. وأمّا إذا صولحوا صلحاً مجملاً على مال يؤدّونه فإنّ الأرض لا

تكون لمن أسلم ولا تورث عنه. وهي كالوقف وكالمرتهنة بأيدي المسلمين، ولا يمكّن من صالح عليها من أهل الحرب من بيعها، ولا تكون له إذا أسلم.

وهذا التفصيل الذي فصّله يلتفت فيه إلى ما قدّمناه في كون المصالحة وقعت على أداء جزية فرضت على كل واحد بعينه، وخراج فرض على كل واحد على أرضه. فها هنا إذا أسلم امتنع مع إسلامه أن يطالب بالجزية الّتي هي صغار وإذلال لمن لم يسلم، أو لخراج الأرض التي هي عوض إقراره فيها. والإسلام يعصم به الإنسان الدّم والمال. فإذا كان الصّلح على مال مجمل فإنّ ذلك المال إنّما يطلب به ما يتعلّق بالخراج كالأرض. وكأنّ الأرض مرتهنَة للمسلمين فلا يمكن الحربي من بيعها. ولو أسلم لم تكن له لكون أصل الصلح عقد على أنّ المسلمين تعلّق لهم حقّ بعينها ما دامت موجودة فتكون الأرض يستعين بها أهل البلد على ما فرض عليهم من الأداء. فإن حاول الصّلحي بيع أرضه، ولا خراج عليها، وإنّما عقد الصّلح على جزية يؤدّيها عن نفسه، فإنّ له بيع أرضه لكونها لم يتعلّق بها حقّ للمسلمين. وأمّا إذا فرض عليها خراج، فظاهر المذهب على قولين: المنصوص منهما، والمشهور: أنّ من هي بيده من أهل الصّلح/ لا يمنع من بيعها. وروى **ابن نافع** عن **مالك** في **المدوّنة** جواز بيعها، ولكنّه قيّد ذلك باشتراطه فيه إذا لم تكن عليها جزية.

وتأوّل الأشياخ عليه أن دليل هذا الخطاب يقتضي المنع من بيعها إذا كانت عليها جزية.

وعلّل الشيخ **أبو محمد** هذا المنع من بيعها إذا كانت عليها جزية بكون هذا البيع إذا كانت على الأرض جزية لا ينفكّ من كونه ضرراً. وأشار إلى أنّا إن قلنا بقول **ابن القاسم** أنّ الخراج يكون على بائعها فإنّ بائعها قد يفلّس أو يتعذّر الأخذ منه، فيجب للإمام بيع الأرض فيما تعلّق بعينها من حقّ، ويخرجها من يد مشتريها، فيصير المشتري اشترى شيئاً لا يعلم هل ينزع من يديه أم لا؟ وإن انتزع فلا يعلم أمد انتزاعه. وهذا منه إشارة إلى أنّ الخراج إذا قضي بكونه على

البائع فأفلس، فإنّه لا تسقط المطالبة وتبقى الأرض في يد مشتريها يغتلّها، والمسلمون يبطل حقّهم فيها. وذكر عن **ابن عبّاس** أنّه كان يرى على هذه الطريقة أنّ البائع إذا أفلس بقي المشتري على اغتلال الأرض، ولم تنتزع من يديه، ولا يطالب بأداه.

فعلى طريقة **ابن عبّاس** يرتفع الضرر في هذا البيع. وعلى طريقة الشيخ **أبي محمّد** لا يرتفع الضرر لكون حقّ المسلمين لا يصحّ إبطاله، مع كون الأرض تغتلّ.

فكأنّ **ابن القاسم** قدّر أن الصلحيّ إذا ضرب على أرضه خراج فإنّه متعلّق به وبذمّته. وذمّته المقصودة بهذا. والأرض في حكم التّبع، لهذا المقصود. وسواء عنده باع هذه الأرض من مسلم لا يصحّ، لأجل إسلامه، أن يطالب بالخراج، أو من ذميّ يحلّ محلّ البائع. ومنع **ابن القاسم** لما ذهب إلى كون هذا الخراج على البائع من اشتراط على المشتري لأنّه متى اشترط عليه أحدث في البيع ضرراً، لكون البائع إذا أسلم لم يطالب بالخراج، فصارت الأرض كالمبيعة بثمن، بعضه مجهول، وهو ما يؤدّي مشتريها من الخراج كل عام، فإنّه لا يدرى هل يسلم بائعها منه بعد عام واحد من تاريخ شرائها، فلا يؤدّي المشتري أكثر منه، أو بعد عشرة أعوام أو عشرين عاماً فيتضاعف عليه الأداء. فصار هذا غرراً في الثمن.

وذهب **أشهب** إلى أنّ الصلحي إذا باع أرضه كان خراجها على مشتريها ما دام البائع على دِينه، فإن أسلم سقط الخراج عن المشتري. ولا يجوز عنده أن يشترطه المشتري على البائع لأنّ في ذلك نقل حقّ المسلمين عن عين الأرض، ومطالبته من يغتلّها إلى ذمّة من لا يغتلّ هذه الأرض، وقد يفلس فيضيع حق المسلمين، وتكون الأرض تغتلّ ولا مطالبة له. وقد كنّا قدّمنا في كتاب بيع الغائب أنّ **مالكاً** اختلف قوله في بيع السّلعة الغائبة هل ضمانها من البائع أوْ من المشتري؟ وأجاز بناءً على كل واحد من القولين أن يشترط الضّمان

من في المحلّ الآخر لأجل كون هذا الشرط مختلفاً فيه. فكأنّ الاشتراط صادف محلاًّ قبل هذا الشّرط هو أصل الحكم فيه.

وقد يقال على هذا التعليل: إنّ تحويل هذا الخراج من محلّ إلى محلّ آخر، بأن يشترطه البائع إذا قيل: إنّه عليه على المشتري، أو يشترط المشتري إذا قيل: إنّه عليه على البائع، يقال الجواز على ما قلناه في تحويل الضمان في بيع السّلعة الغائبة من محلّ إلى محلّ.

فهذا ممّا ينظر فيه فكأن أشهب لم يلتفت إلى ما يتصوّر من ضرر في هذا العقد، لكون المشتري يسقط ذلك منه إذا أسلم البائع، لأنّ الغالب عنده في أهل الكتاب أنّهم لا يتنقلون عن دينهم. / فصار إسلامه، وإن جوز عقلاً، غير ملتفت إليه عند هاذين المتبايعين.

وأمّا أرض العنوة فإن المسلمين قد ملكوها بالغلبة عليها والقهر لأهلها، فهي من جملة ما غنموه. وقد قال تعالى: ﴿۞ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ﴾[1] الآية. فاقتضى هذا أنّ الأربعة الأخماس للغانمين. ولهذا قال، في إحدى الرّوايات عنه: إنّ أرض العنوة تقسّم، أخذاً منه بعموم هذه الآية قياساً على سائر ما أخذوه وغنموه من أموال أهل الحرب. وأيضاً فقد قسّم النبيّ ﷺ أرض خيبر لمّا فتحها عنوة[2]. وقال مرّة أخرى: لا تقسّم لأنّ النبيّ ﷺ فتح مكّة عنوة على مذهبه، ثم أجمعوا أنّه لم يقسمها[3]. وقد ذكر عمر أنّ الرّأي عنده ألا تقسم أرض العنوة لأجل من يأتي بعد عصره من المسلمين كما قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ﴾[4] الآية فذكر هذا بعد ذكره ما أفاء الله على رسوله ﷺ[5]. ولهذا قال مالك: لا تباع مصر. لأنّها أقرّت لمن يأتي من المسلمين، وأرضها

(1) سورة الأنفال، الآية: 41.
(2) أبو داود: السنن: ؛ كتاب الخراج والفيء والامارة: 2/141-144.
(3) أبو داود: السنن: كتاب الخراج والفيء والامارة: 2/144، 145.
(4) سورة الحشر، الآية: 10.
(5) ابن سلام: الاموال: 60-61.

كالحبس الموقوف على المسلمين[1] ولهذا لا تباع عنده ديار **مكّة** بناء على أصله لأنّها فتحت عنوة.

وقد اختلف النّاس في بيع رباع مكة وإجارتها. فمذهبنا بيع رباعها وإجارتها. وبه قال أبو حنيفة. وإن كان أبو حنيفة قال: أكره بيعها لكنّ أصحابه حملوا قوله هذا على التحريم للبيع. وذهب الشافعي إلى جواز ذلك. ومذهبه أنها دُخلت صلحاً.

وقد اختلفت الظواهر والأقيسة في جواز بيع ذلك أو منعه.

واستدل من منع ذلك بقوله تعالى: ﴿وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ٱلَّذِى جَعَلْنَٰهُ لِلنَّاسِ سَوَآءً ٱلْعَٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ﴾[2]. ورأى هذا كناية عن الحرم كلّه، وما أحاط به من المسجد والدّيار. وعضد هذا بأنّ المصلحة المنع من ذلك لكثرة الوارد عليها لقضاء فريضة الحجّ على العباد، فتمسّ الحاجة إلى كون رباعها مباحة للواردين غير مقصورة للسّاكنين. وبأنّ **مكّة** كلّها يُمنع الصّيد في ديارها، كما يمنع في المسجد الحرام، فدلَّ أنّهما سيّان. وأيضاً فقد روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: **رباع مكة لا تباع ولا تؤاجر**[3]. وهذا نصّ في عين المسألة.

ويستدلّ الآخرون بأنّ النبيّ ﷺ، لمّا أتى مكّة عرض عليه النّزول في رباعه فقال: **وهل ترك لنا عقيل ربعاً**[4]؟ **وكان أبو طالب** أسلم أبناؤه قبل وفاته وهما علي وجعفر رضي الله عنهما. وتأخّر إسلام **عقيل** إلى أن مات أبوه أبو طالب فورثه دون ولديه المسلمين وباع رباعه[5]، فأشار عليه الصّلاة والسّلام بقوله هذا إلى إمضاء بياعاته وإمضاء ميراثه. فلو كان البيع لرباعها لا يجوز لم يُمْضه ﷺ، ولأخبر أنّ هذه البقعة تختصّ، لحرمتها، وحاجة النّاس للورود عليها، لمنع بيعها بخلاف سائر البلاد.

---

(1) ابن سلام: الاموال: 60-61.

(2) سورة الحج، الآية: 25.

(3) البخاري: الفتح: باب توريث دور مكة: 450:3: باب 44.

(4) المصدر السابق.

(5) المصدر السابق.

وأيضاً فقد قال تعالى: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَـٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَـٰرِهِمْ وَأَمْوَٰلِهِمْ﴾[1] فأضاف الدّيار إليهم، والإضافة لمن يعقل محمولة على الملك، فاقتضى هذا صحّة ملك رباع مكة وما صحّ ملكه جاز بيعه.

وقد توزع الأوّلون في استدلالهم بأنّ الآية إنّما ذكر فيها المسجد الحرام، والمسجد الحرام اسم لبقعة مخصوصة محدودة، فلا يدخل فيها غيرها كما لا تدخل **بغداد** في اسم **مكّة**. وأيضاً فإنّ **الطبري ذكر في تفسيره للقرآن** أنّ المراد ذمّهم على صدّهم ومنعهم من الحجّ في قوله: ﴿وَيَصُدُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾[2] وذمهم على المنع من الطّواف بقوله: ﴿وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ﴾[3] وإن[4] قوله: **رباع مكة لا تباع**. محمول على الاستحباب والمواساة بها لمن ورد من الحجّاج. كما قال في حديث آخر: **لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من/ أن يأخذ عليها خرجاً معلوماً** الحديث[5] لأجل الحاجة إلى المواساة في مثل هذا.

وتوزع الآخرون أيضاً باستدلالهم بأنّ الإضافة إلى الفقراء إضافة سكنى لا إضافة ملك لرقاب الدّيار. ألا تراه كيف قال سبحانه: ﴿ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَـٰرِهِمْ وَأَمْوَٰلِهِمْ﴾[6]. فسمّى الأموال بعد ذكر الدّيار، فقال: إنها ليست بأموالهم. وأيضاً فقد سمّاهم فقراء ولو كانت الدّيار من أموالهم لم يسمّوا فقراء.

وأمّا كون الصّيد يستوي في المنع منه **المسجد الحرام** وبيوت **مكة**. فإنهما يفترقان أيضاً في الطواف، لكون الطّواف غير مشروع حول بيوت **مكة** بل هو مقصور على **الكعبة**.

وأمّا من يستدلّ على جواز بيع بيوت **مكة** بكون النّاس يتبايعونها عصراً

(1) سورة الحشر، الآية: 8.
(2) سورة الحج، الآية: 25.
(3) سورة الحج، الآية: 25.
(4) الطبري: جامع البيان: 17: 134-137.
(5) الفتح: كتاب الحرث والمزارعة. 5/14. باب 10 حد. 2330.
(6) سورة الحشر، الآية: 8.

بعد عصر، ولا ينكر ذلك عليهم، فإنّه قد قال بعض **البغداديين**: إنّ التّبايع إنّما وقع على الأبنية والسّقوف لا على نفس الأرض، والمشي عليها غير ممنوع ولا مقصود بالبيع.

وهذا الذي قاله ممّا ينظر فيه. وقد تكرّر سؤال القضاة عن بيع ديار المنستير لكون من يبيعها يظهر أنّه إنّما باع الأنقاض والخشب. فلم أَسهّل في ذلك لكون الأنقاض لو بيعت وهي منقوضة ما بلغ ثمنها عشر ثمن ما تباع به الدّيار المبنيّة هناك. فللأرض حصّة من الثمن ويعتقد بائعها ومشتريها أنّه قد ملك الجميع الأرض وما بُني عليها ملكاً يصحّ له مثله لمن حبس على مثله الانتفاع بفناء القصر الكبير الذي هذه الدّيار بأفنيته ممن لا يحبس ذلك على مثله.

وهذا الذي ذكرناه في أبنية المنستير التي بنيت في أفنية القصر القديم يفتقر إلى بسط. وإنّما ذكرنا ها هنا حكم بيع بيوت **مكة** وإجارتها لتعلّقها بأحكام العنوة على مذهبنا، أنها فتحت عنوة، فأضفنا إلى ذلك ما ورد في الشّرع من أنّه[1] الظواهر المبيحة للبيع والمانعة له. وسننبّه على ما وقع في **المدوّنة** في كراء بيوت **مكة** في موضعه إن شاء الله تعالى.

قال القاضي أبو محمد، رحمه الله: .

ولا تجوز التّفرقة بين الأمّ وولدها الصغير في البيع. وحدّها الإثغار. ويجوز في الأب.

قال الشيخ الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل ثمانية أسئلة منها أن يقال:

1 ـ ما الدليل على منع التفرقة بين الأمّ وولدها في البيع؟

2 ـ وهل يقاس على الأم غيرها من الأقارب؟

3 ـ وما الحدّ الذي ينتهي إليه في الأمر بالجمع بينهما؟

4 ـ وهل يفسخ البيع المعقود على التفرقة بينهما؟

5 ـ وهل الجمع بينهما يكون في ملك واحد أو في حوز واحد؟

---

(1) هكذا النص. ولعل الصواب حذف: أنه.

6 ـ وهل العتق لأحدهما كالتّفرقة في البيع؟

7 ـ وما الحكم إذا تعلّق لرَجل حقّ نقل الملك لأحدهما دون الآخر؟

8 ـ وما حكم التفرقة في حق ملك ناقص؟

فالجواب عن السّؤال الأوّل أن يقال:

روي عن النبيّ ﷺ أنّه قال: «**من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبّته يوم القيامة**»[1]. وهذا يدلّ على التأكيد لما فيه من الإرهاب بشدّة الوعيد في التّفرقة في القيامة بين الإنسان وبين من يحب. **وذكر التّرمذي** هذا الحديث وهو حسن السند[1] وقال أيضاً ﷺ: لا تُوَلَّهُ والدة على ولدها»[2] فنبّه ﷺ على معنى معلوم صحّته من جهة العادة، وذلك أنّ الأمّهات لهنّ من النزوع على أولادهنّ، وشدّة الرّحمة والعطف، ما يخفّ عليها به أن تحمّل نفسها الآلام عن/ ولدها، ويبدو منها من الوله عليه إذا تُعرِّض به لأمر يخاف منه عليه ما تكاد معه أن تزهق به نفسها، أو تسلم لأجله بدنها، فحجّر على مالكها ومالك ولدها أن يتصرّف في ملكه كيف شاء ببيعهما مجتمعين أو مفترقين. لكون التحجير عليه في هذا ليس فيه من الإضرار ما يبلغ الإضرار بالأمّ في فراق ولدها.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

اختلف العلماء في المنع من التّفرقة، هل ذلك مقصور في الأمّ خاصّة أو يقاس عليها غيرها؟ **فمالك**، رحمه الله قصر هذا الحكم عليها. وأجاز التفرقة بين الصّغير وبين أبيه وجدّه وجدّته وسائر قراباته سوى الأمّ.

وحكى **ابن الموّاز** عن بعض أهل **المدينة** أنّه أضاف إلى الأمّ في هذا الحكم الأب. ورأى المنع من التّفرقة بين الولد وأبيه في البيع. ومال إليه بعض أشياخي.

وأضاف **الشافعي** إلى الأمّ ولد الولد فقال: لا تفرّق بينهم في البيع ما داموا صغاراً. وقدّر أنّ الضَرر المشار إليه ها هنا يتصوّر في سائر ذوي

---

(1) الترمذي: السنن: 3: 580. حد 1283.

(2) فيض القدير: 6/ 423 حد. 9872.

الأرحام. وإنْ قصر جميعهم عن الأمّ في شدّة العطف على الصغير، والحنين والجزع من فراقه، ومن سواها يتفاوتون في هذا المعنى، وليس تقصيرهم عن الأم في الجملة بالذي يسقط حقّهم في الجمع لأجل ما يلحقهم من الضرر. ورأى **الشافعي** أنّ الجدّة تكاد تقارب الأمّ في المعنى الذي أشرنا إليه من الحنان وشدّة النزوع إلى الولد، فوجب أن تُلحق بالأمّ في هذا الحكم، ولا يلحق من سواها من الأقارب لما علم من جهة العادة أنّ الخالة والعمّة والأخ والأخت لا يلحقون في هذا المعنى بالأم والجدّة. ورأى بعض أهل المدينة أنه يتضح في العادة مساواة الأب للأم في هذا المعنى لكون الولد كعضو من كل واحد منهما. ويلحق الأب بالأمّ في هذا.

وبالجملة فإنّه لا يشكّ في اختلاف طبقات الأقارب في هذا المعنى. ولا يتضح في الخالة والعمّة والعمّ والخال من شدّة الضّرر ويتّضح في الأبوين والجدّة. وإنّما يتضح القياس مع المساواة في معنى العلّة. ومن ذكرناه من عمة أو خالة لا يساوي في هذا المعنى الأبوين والجدّة. هذا إذا قلنا بأنّ المنع من التفرقة بين الأمّ وولدها في البيع حقّ للأمّ على ما ذكر **ابن عبد الحكم** في **مختصره** من أنّ الأمّ إذا رضيت بالتّفرقة بينها وبين ولدها لم يمنع سيّدها من أن يفرّق بينهما في البيع. وإن قلنا: إنّ المنع من التّفرقة إنما يعتبر في حق الولد في هذا، كما قاله **ابن الموّاز عن مالك**: إنه لا يفرّق بين الأمّ وولدها في البيع ولو رضيت الأمّ بذلك. وقع النّظر فيما قاله **أبو حنيفة** فإنّ الولد إذا بيع وحده، وهرب مشتريه وهو صغير لا يجد من يربيه، فإنّه يلحق به الضّرر الشديد من أن يفرّق بينه وبين خالته أو عمّته.

ويجري هذا مجرى التفرقة في الأحرار. فإنّ الحضانة للخالات، وإن كره الأب ذلك، إذا لم تكن أمّ ولا جدّة، ولكنّ المذهب أن حكم الحضانة في الأحرار خلاف حكمها في المماليك لما يلحق المالك من الضّرر في ماله بأنْ لا يبيعه كيف يختار من جمع أو تفرقة.

والحضانة في الأحرار هل ذلك حقّ للولد أو للأمّ؟ ففي **المدوّنة** أنّ المرأة

إذا خالعت زوجها على أن تسلّم حقها في الحضانة، فإنّ ذلك خلع جائز، ويلزم ما رضيت به. وهذا مبنيّ على أنّ الحضانة حقّ للأمّ، ومن رضي[1] بإسقاط الأمّ حقها في الحضانة باطل[2] بناء منه على أنّ الحضانة حقّ للولد. وإذا خالعت على إسقاط حقّ غيرها لم يلزم ذلك إذ ليس لأحد أن يسقط حقّ غيره/ لمنفعة نفسه.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

أمّا حدّ التفرقة فقد اختلف فيه. فالمشهور عن **مالك وابن القاسم** أنّ حدّ ذلك استغناء الولد عن أمّه، والعلمُ على ذلك الإثغار. ما لم يعجّل على الصّغير أو الصّغيرة. وهذا الاستغناء قال فيه **مالك**: هو أن يستغني عن أمّه في شرابه وطعامه وقيامه ومنامه. وهذا يحتمل أن يبنى على التّعليلين جميعاً. وإن كان الأظهر منهما إسناد هذا الحكم إلى حقّ الولد في التّربية. لأنّ من لم يُثْغِر، ولم يعقل ما يُؤمر به ويُنهى عنه، ويهتدي إلى ما يحفظ به حياته ويدبّر به نفسه، مفتقر إلى من يقوم به في ذلك. فلوْ ترك الرّضيع والقريب العهد بالفطام إلى تدبير نفسه وغذائه لهلك، لأنّه لا يحسن كيفيّة التغذّي ولا أوقاته ولا صفة تناوله وإحضاره.

ويحتمل أيضاً أن يقال: ما دامت حاجته شديدة إلى أمّه، كانت في رحمته والعطف عليه أشدّ منها في ذلك إذا استغنى عنها. ولهذا كبار الأولاد لا يلحق نفس الأمّ في نزعهم منها ما يلحقها في صغير لا يعقل محتاج إلى تربيتها. فيكون من هذه الجهة الحكم مستنداً لحنانها ورحمتها. ولكنّه يختلف باختلاف السنين. وحدّهُ **اللّيث** بعشر سنين. ورأى أنّ ذلك علَماً على الاستغناء عن أمّه. وإلى هذا أشار في **كتاب ابن الموّاز** فقال: يفرّق بين الأمّ وولدها إذا استغنى عنها وختن وصار يؤمر بالصّلاة ويؤدّب عليها، وفارق أسنان اللّبن. فذكره التأديب للصّلاة وإدخاله المكتب والختان يشير إلى أنّ ذلك كلّه هو علم على الاستغناء عن أمّه. وذكر في ذلك أدبه على الصّلاة وهو إنّما يؤدّب عليها إذا بلغ عشر سنين.

---

(1) هكذا في النسختين، والمعنى واضح.

(2) هكذا في النسختين، والمعنى واضح.

وقال **ابن حبيب**: يفرّق بينهما إذا بلغ سبع سنين.

وهذا كلّه تحويم على اعتبار استغناء الولد عن أمّه وبلوغه إلى حال يستقلّ بها في نفسه.

وروى **ابن غانم** عن **مالك** أنّه (لا يفرّق) بينهما قبل البلوغ، ولا تجوز التّفرقة عنده إلاّ إذا بلغ الاحتلام.

وهذا المذهب أيضاً يمكن (أن) يكون مبنيًّا على اعتبار استغناء الولد عن أمّه. ورأى في هذه الرّواية أنّ من قصر عن سنّ الاحتلام فإنّه مفتقر إلى تربية أمّه.

وهذا كلّه استشهاد بالعوائد. وما أبعد في هذه الرّواية عن مقتضى العادة فإن لم يبلغ يشتدّ حنانُ أمّه إليه ولا يكاد يستغني (عنها) كل الاستغناء. وإن كان المراهق في العادة أشدّ استقلالاً بنفسه وأقرب إلى الاستغناء عنها من ابن سبع سنين ونحوها. وإلى هذا كان يميل بعض أشياخي.

وذهب **محمد بن عبد الحكم** إلى أنه لا يفرّق بين الأمّ وولدها طول ما عاشا.

وهذا المذهب بعيد غير مستند لما أسندنا إليه المذاهب المتقدّمة، لأنّه لا يشكّ عاقل في أنّ ابن خمسين سنة مستغن عن أمّه، وأنّها إذا كانت قد بلغت إلى الهرم فإنّها هي المحتاجة إليه. ولكنّه ذهب إلى عموم الحديث، وهو قوله ﷺ: «**من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبّته يوم القيامة**»[1]. ولا شكّ أنّ عموم هذا يقتضي منع التفرقة. وأن حبّ الأمّ الولد لا يذهب وإن طعن الولد في السنّ.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال:

اختلف المذهب على قولين في النّهي عن التّفرقة. هل ذلك من حقّ الله سبحانه فيما حرّم الله وحلّله، أو من حقّ المخلوقين/ التي نهى الباري سبحانه عنها لرفع ضرر عنهم، أو **ما** في معناه، فذكر **ابن حبيب** أنّ من قَول **مالك**

---

(1) سبق تخريجه.

وأصحابه أن بيع التّفرقة يُفسخ. حكى ذلك مطلقاً من غير تقييد. وإليه ذهب القاضي **أبو محمد عبد الوهاب** فقال: إنه باطل[1] الخمر، ويفسخ ولو رضيا بالجمع بينهما.

والمشهور من المذهب أنّ المقصود بهذا النّهي رفع الضرر عن المخلوقين، على الاختلاف الذي قدّمناه. هل ذلك مقصود به رفع الضرر عن الأمّ في أن لا تولّه عن ولدها، فإذا رضيت بالتفرقة صحّ البيع ولم يمنع. أو المقصود بالنّهي ودفع[2] الضرر عن الولد في أن لا يفقد رفق أمّه به وحياطتها، على حسب ما قدّمنا ذكر الخلاف في ذلك وتوجيهه.

وإذا قلنا: إنّه من حقوق الخلق فإنّ البيع لا يجب فسخه إذا وجدنا سبيلاً إلى إزالة السّبب الذي وقع النّهي لأجله وهو رفع الضّرر، وذلك بأن يرضى من في يده الأم أن يبيعها ممّن صار في يده الولد بما يتّفقان عليه من ثمن، أو يرضى من في يده الولد أن يبيعه ممن في يده الأم بثمن يتفقان عليه. وإن لم يتراضيا بذلك، فالمذهب على قولين: هل يعدل إلى الفسخ إذا لم يوجد سبيل إلى رفع سبب النّهي وهو مذهب **ابن القاسم**، أو يباع الولد وأمّه من رجل واحد فيزول سبب النّهي؟ وهو اختيار **ابن الموّاز**. فكأنّ **ابن القاسم** رأى أنّ رفع سبب النّهي إنّما يتصوّر بوجه واحد. وهو أن يتراضى مالك الأمّ ومالك الولد بأن يبيع أحدهما ما في يده من الآخر. وأمّا بيعهما عليهما جميعاً فإنّ ذلك يوقع في نهي شرعي وهو جمع السلعتين لمالكين في البيع، وهو يرى المنع من ذلك، فلا يُصلَح منهي عنه بالوقوع في منهيّ عنه آخر. وكأنّ **ابن الموّاز** رأى جواز جمع السلعتين في البيع لمالكين، كما ذهب إليه **أشهب**، ورأى أن ركوب مذهب أشهب في هذا أخفّ من فسخ البيع. وقد أشار **ابن الموّاز** في احتجاجه لما ذهب إليه في هذا بأن ذلك كبيع المسلم المصحف من النصرانيّ. **وابن القاسم** يرى أنّ

(1) كلمة غامضة. وفي المعونة: «أصله بيع الخمر»: 1071

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف الواو.

البيع لا يفسخ، وأنّه يباع على النّصرانيّ ما اشتراه من ذلك، فيحصل بالبيع عليه رفع السّبب الذي لأجله وقع النّهي. وينفصل **ابن القاسم** عن هذا بما أشرنا إليه من توجيه قوله بأنّ بيع المصحف على النّصراني لا يركب فيه نهي آخر، وبيع الولد وأمّه مجموعين وهما لمالكين يركب فيه نهي آخر وهو بيع سلعتين لمالكين. فهذا الانفصال عمّا أشار إليه **ابن الموّاز** من الحجّة عليه. وقد ناقضه **أصبغ** بما ذكره **ابن الموّاز** عن **ابن القاسم** فيمن عنده أمّ وولدها، فباع أحدهما من رجل، وتصدّق بالآخر على رجل آخر، فإنّهما يباعان عليهما من رجل واحد. فقال **أصبغ**: هذا رجوع منه عن الفسخ.

والانفصال أيضاً عن هذا أنّه إذا رجع إلى الفسخ فيمن باع ولداً دون أمّه، أو أُمًّا دون ولدها، فإنّ من فسخ عليه البيع وأخذ منه ما اشتراه يرجع بعوضه وهو الثمن الذي دفع فيه، فلا يلحقه من ذلك كبير مضرّة في إبطال ملكه بالكلية. وإذا راعينا في الهبة جمع السّلعتين، وأنّ ذلك لا يجوز، وفسخنا الهبة أبطلنا حقّ الموهوب له بغير عوض يأخذه. وهذا من الضّرر البيّن الذي يقتضي أن العدول عنه إلى ما هو أخفّ أوْلى، وهو جمع السّلعتين، ويقدّر أن الهبة لما وقعت ها هنا وفسخنا إبطال الملك بالكلية، صار ذلك كالفوت فيها، ونحن نذهب في بيع التّفرقة إلى أنّ الفسخ/ إذا وجب بعد أن فات البيع بحوَالة أسواق فإنّ البيع لا يفسخ لأجل الضّرر في فسخه بحوالة السّوق، ولكن تجب فيه القيمة لفساد العقد، أو يمضي بالثمن إذا قلنا: إن فساد هذا لحق الله سبحانه في النّهي عن هذا العقد، مع كون الثمن والمثمون جائزين لا غرر فيهما، كبيع الجمعة وشبه ذلك، وهو مذهب **ابن عبدوس** في بيع التّفرقة إذا انفسخ إمّا بكبر الولد، أو بحوَالة السّوق، فإنّه يمضي بالثمن إذا كبر، ويمضي أيضاً بالثمن إذا حال السّوق، ويجبرانِ على الجمع بين الأمّ وولدها، على حسب ما قدّمناه في البيع عليهما.

ولو قلنا بما ذهب إليه القاضي **أبو محمد عبد الوهاب** من وجوب الفسخ

في بيع التفرقة، وإنْ جمعَا بينهما، لتمكن[1] أيضاً على هذا التعليل الذي ذكرناه أن نقول ها هنا: إنّ الهبة لا تفسخ، لكن يحكم بالجمع بينهما، لكون الهبة ها هنا في معنى بيع فاسد، ولا يفسخ بعد فوته. ويمكن أيضاً أن يذهب إلى ردّ الهبة. فهذا ممّا ينظر على أصله. فيستخلص من هذا أن بيع التفرقة إذا وقع المذهب فيه على ثلاثة أقوال:

أحدها: فسخ البيع على كل حال.

والثاني: إمضاؤه على كل حال، وإزالة سبب النّهي بالبيع عليهما إن لم يتراضيا بالجمع طوعاً منهما.

والثالثة: أنّهما إن تراضيا بالجمع لم يفسخ البيع. وإن لم يتراضيا به فسخ البيع، على حسب ما فصّلناه من هذه المذاهب وتعليلها.

وبعض أشياخي يشير إلى القَدح فيما وجّهنا به مذهب **ابن القاسم** بأنّه يمكن إزالة سبب النّهي أيضاً في جمع السّلعتين لمالكين في عقد واحد بأن تقوّم الأم ويقوّم الولد، ثم تباعان جميعاً، ويقسم الثمن على نسبة القيمتين. فيصير كل واحد من المالكين لم يعقد البيع إلاّ وهو يعلم ما ينويه من الثّمن الذي بذله مشترياه وقد كنّا نحن أشرنا إلى هذا في كتاب البيوع الفاسدة، وتكلمنا على ما يتعلّق به. وهكذا أيضاً يقصد ما ذكرناه من الخلاف على وجه دون وجه بأن يقول: بأنّ العاقدين لبيع التّفرقة إنْ علما أن الشرع يجبرهما على الجمع أو يبيع الأمّ والولد عليهما، صارا قد عقدا على غرر، وهو تجويز أن يصحّ ما اشتراه المشتري، أو لا يصحّ[2] بثمن يباع به عليه وذلك غرر وخطر. والبائع أيضاً يجوز أن تؤخذ الأمّ من يده فتباع عليه، فيصير قد خاطر في هذا العقد. وهذا يتّضح معه فساد البيع ووجوب فسخه على كلّ حال.

ولو علم بذلك أحدهما وجهل به الآخر، يجري على الخلاف في علم

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لأمكن.

(2) وفي (و): أولا يصحّ إلا.

أحد المتبايعين بفساد العقد، هل يفسد ذلك العقد، كما لو علما جميعاً، أو لا يفسده. بخلاف أن يدخلا جميعاً على العلم بفساد العقد وتحريمه؟

وهذا الذي أشار إليه ينبغي أن يتحقّق تصوّره بأنّهما دخلا على علم بذلك، وهما يلتفتان إلى ما يقضي به القاضي عليهما في هذا. وأمّا لو عقدَا وهما يعتقدان أنّ ذلك لا يقدر على فسخه عليهما، وصمّما على أنّ الغرر في ذلك لا يمكن إلاّ أن يقعا فيه، لكان هذا ممّا يمنع من اتّضاح تصوّر الطريقة الّتي أشار إليها.

وكان أيضاً يرى أنّهما إذا جهلا جميعاً التحريم ووجوب إنفاذ البيع الذي عقداه، أن يباع عليهما، فإنّ لكل واحد فيما عقد على نفسه لمَا طرأ عليه من عيب بعد العقد، وهو كون المشتري مجبوراً على أن يخرج من يده ما اشتراه والبائع مجبور على أن يبيع غير الذي رضي يبيعه.

وهذا أيضاً ممّا ينظر فيه، لأنّهما إذا استويا في الجهل بهذا الحكم، ودخلا على تأبيد ملك كل واحد منهما، فإنّ هذا يصير كعيب اطّلع عليه بعد العقد، والبائع والمبتاع يستويان في الجهل به، فصار ذلك كعيب وجد في باطن خشبة باعها، لا يعلم العيب إلاّ بعد كسرها، لكن هذا العيب الموجود في باطن الخشبة يستوي النّاس كلّهم في الجهل به، وهذا الذي ذكره في بيع التّفرقة وإن جهله هذان فإنه يعلمه غيرهما من النّاس، فيجب الردّ به. لكن لأجل أنّ سبب هذا العيب لم يكن من البائع خاصّة بل هو والمشتري سيّان فيه، يجب النّظر فيه من هذه الجهة، فقد يظهر أنّ ذلك كعيب لم يدخل عليه المشتري، ولو علم به لم يدخل عليه، فيكون له بذلك مقال. وقد ذكر **ابن سحنون** أنّ رجلاً سأل **سحنوناً** في رجل باع مملوكتين له، وفي ملكه أمّهما، وإحدى البنتين المبيعتين بلغت حدّ التّفرقة، والأخرى لم تبلغ حدّ التّفرقة؟ فأجابه **سحنون** بأنّ الصّغيرة إذا لم تكن وجه الصفقة مضى البيع في الكبيرة وجمع بين الأم وابنتها الصغيرة في ملك واحد. وإن كانت الصغيرة فسخ البيع فيها.

وهذا الذي قاله في إمضاء البيع بناء على أنّ ذلك حقّ للمخلوق، ولا يجب فسخه إذا زال سبب النّهي برفع الضّرر.

وأمّا إذا قلنا بالقول الآخر، أنّ ذلك إنّما نهيَ عنه لحقّ الله سبحانه، فإنّ البيع يجب فسخه على كل حال، فإنّ هذا العقد يكون كصفقة جمعت حلالاً وحراماً فحرامه العقد على الصغيرة دون أمّها، وحلاله العقد على الكبيرة دون أمّها فيفسخ الجميع، كمن باع زق خمر وثوباً صفقة واحدة، فإن جميع العقد يفسخ على المشهور من المذهب، وعلى الطريق الأخرى يفسخ منه الحرام خاصّة، على حسب ما ذكرنا فيه فيما مضى في غير هذا الكتاب. وإذا كانت الصغيرة أيضاً جُلّ الصفقة، وقلنا بإنّ ذلك إنّما نهي عنه لحق المخلوق، وجب فسخ الجميع، إذ لا يمكن المشتري من الاستمساك بأقلّ الصفقة بما ينوبه من الثمن، وهو مجهول على مذهب **المدوّنة** لا على مذهب **ابن حبيب** الذي أجاز ذلك.

والجواب عن السّؤال الخامس أن يقال:

إن كانت الأمة بيد رجل وولدها بيد رجل آخر، وعلم أنّ ذلك بأيديهما عن بيع، أو جهل، أو هبة[1]، فإنّ الحكم أن يجمع بينهما في ملك واحد لكون ذلك أحوط في رفع الضّرر، لأنّهما إذا لم يكونا لمالك واحد، وجمعا في حوز أحد المالكين، فيمكن أن يريد مَن هما في حوزه التصرف، والسّفر بملكه ليحصل له ذلك، ولا يعينه الآخر عليه حتى يرجع ملكه إلى حوزه وتحت يده. وقد يفلس أحدهما فيُضطرّ إلى أنْ يباع عليه ملكه، فإنْ بيعَ منفرداً كان ذلك تفرقة، وإن بيع مجموعاً مع ملك الآخر كان ذلك جمع سلعتين، فكان الأولى أن يجمعا في ملك واحد ليكون ذلك احتياطاً لحقّ الأمّ وولدها في ألاّ يفرّق بينهما.

وأمّا إن كانا في أيديهما من غير عوض، كهبة أو صدقة، أو كان أحدهما بعوض والآخر بغير عوض، ففيه اختلاف في المذهب: قال **ابن الموّاز**: اختلف

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب حذف أو هبة.

قول **مالك** في الهبة للأم أو ولدها هل يجبران على الجمع بينهما في ملك، أو يكتفى بأن يجمع بينهما في حوز أحد المالكين. وذكر **ابن حبيب** أنّه إن كان المالكان شملهما واحد ومسكنهما واحد، كالزّوجة والزوج والولد والأب وشبههما، فإنّ الجمع في حوز واحد يكتفى به. فإن/ لم يكن شملهما واحداً فلا بدّ أن تجمع الأمّ وولدها في ملك واحد.

وأشار بعض المتأخّرين إلى أنّ الهبة لمّا كان طريقها المعروف حسن الخلاف فيها، هل هي كالبيع أو كالعتق؟ وقد اتّفق في العتق على أنّه إنّما يجمع بينهما فيه في حوز واحد. كما اختلف فيمن وهب عبداً هل يتْبع العبد ماله كالعتق أوْ لا يتبعه كالبيع؟

وهذا الذي أشار إليه لا يتّضح لأجل أنّ الإنسان إذا كان له أمّ وولدها فأعتق أحدهما فإنّ العتق يستحيل معه البيع في الشّرع. فلمّا استحال معه البيع في الشرع استَحال طلب المالكين بأن يجمعا بينهما فيما يستحيل في الشّرع تصوّره وفعله وهو بيع العتيق، والهبة لا يستحيل في الشّرع بيعها. وقد ذكر **ابن الموّاز** عن **ابن القاسم** فيمن عنده أمّ وولدها فباع أحدهما وتصدّق بالآخر، فإنّه يجب أن يجتمعا في ملك أحدهما أو يباعا عليهما، فقال بعض المتأخّرين: إذا بدأ بالبيع قبل الهبة جرى ذلك على أحكام البياعات في أن يجمعا في ملك، ولو بدأ بالهبة ثم بعد ذلك باع يجري على أحكام الهبات. لأنّه إذا بدأ بالبيع فلا فرق بين أن يهب بعد ذلك أو يبقى في ملكه مَن سوى ما باع. وإذا بدأ بالهبة فكذلك أيضاً لا فرق بين أن يبيع الآخر أو يبقيه في ملكه.

وليس فيما ذكره **ابن الموّاز** تصريح بالتّرتيب الذي أشار إليه هذا المتأخّر. وقد كنّا قدّمنا في غير هذا الكتاب اختلافاً فيمن وهب طفلاً رضيعاً وعنده أمّه هل يكون الرّضاع على الموهوب له الولد إذا حلف أنّه لم يرد التزام رضاع أمّه له، أو يجبر على أن يمكن الطفل من رضاع أمه؟

وكذلك اختلف في الحوز في الهبة: هل يكون ذلك بحوز الولد والأمّ

جميعاً أو يكون بحوز الولد خاصّة، وإن كان قد أساء في التفرقة بينهما؟ وذكر ابن حبيب أنّه يصحّ الحوز للولد، وإن كان في يد الواهب مع الأمّ، إذا أشهد بالهبة وقام الموهوب بمؤونة الطفل، وأشار إلى المؤونة الزّائدة على رضاعه.

وقال بعض المتأخّرين لا يجبر الواهب على التمكين من الأمّ ليصح الحوز لجواز أن يرضع الولد غيرها. ويجبر على تسليم الشجرة إذا وهب ثمرها ليصح الحوز، لكون الثمرة تستمدّ من الشجرة دون غيرها. وأمّا إذا أعتق أحدهما فإنّه يكتفى ها هنا بأن يجمعا في حوز واحد، لكون الشّرع أحال بيع العتيق منهما، فإذا استحال بيعه وملكه بعد عتقه استحال أن يجمع بينهما في ملك واحد لأنّ ذلك لا يتصوّر إلاّ بعد إبطال العتق وهو لا يبطل إذا ثبت واستقرّ.

ولو أعتق سُرِّيّة يضرّ بمثلها العتق لم يُردَّ العتق لكونه قربة شرعيّة يحيل الشّرع استرقاق العتيق، بخلاف أن يوصي بعتقها، عند من رأى أنّ من حقّها إبطال الوصيّة إذا أضرّ ذلك بها.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

إذا كان لرجل أمةٌ ولها ولد صغير في ملكه، فإنّه لا يجوز له أن يفرّق بينهما في البيع، كما تقدّم، ويجوز له أن يفرّق بينهما بالعتق.

فإن أعتق الولد دون أمّه نفذ عتقه فيه، وأمر أن لا يفرّق بينه وبين أمّه. فإن أراد بيع أمّه وحدها مكّن من ذلك، وشُرِط على مشتريها منه أن يبقى الولد على حسب ما كان عنده من كونه لا يفرّق بينه وبين أمّه. وإن كان في هذا بعض تحجير فإنّ الضرورة دعت إلى العفو عنه في هذا العقد لما أوجبه الشّرع من/ الجمع بينهما. ويشترط عليه نفقة هذا الولد مدّة معلومة. فذكر في كتاب البيوع الفاسدة أنّ أمدها سنة. وذكر **ابن الموّاز** أنّ أمدها الإثغار، وهو الحدّ الذي إذا بلغ إليه الولد جازت التفرقة بينه وبين أمّه في البيع. وأنّ هذا الولد إذا مات كان من حقّ بائع الأم أن يأتي بمن ينفق عليه مشتري الأمّ النفقة الّتي اشترطت عليه في هذا الولد الذي مات ليكون ذلك أرفع للغرر في ثمن هذه الأمة، إذ لا يدري

هل يموت الولد بعد سنة من شراء أمّه فلا يخسر مشتري أمّه سوى نفقة عام أو بعد خمس سنين يخسر نفقة خمسة أعوام، والثمن يختلف باختلاف الإنفاق في هذه المدّة. فإذا التزم مشتري الأمّ الإنفاق في هذه المدّة، عاش الولد أو مات، ارتفع بهذا الغرر الذي أشرنا إليه.

ويشترط عليه أنّه إن سافر بالأمّ سافر بولدها العتيق معها، وكانت مؤنة سفره من كراء أو إنفاق على مشتري أمّه.

وقد ذكر **ابن الموّاز** من أعتق صغيراً لا يقدر أن يسعى على نفسه فإنّ نفقته لازمة لمعتقه. وكان الأصل في هذا أن يكون على سائر المسلمين إن لم يجد[1] بيت مال ينفق منها[1] على مثله، كما يجب في لقيط لا يعرف له أب يُطلَب بالنفقة، لكن هذا المعتق لما انفرد بعلم هذا واختصّ به، وفعل السّبب الذي يؤدّي إلى إضاعة هذا الصغير، وهو عتقه، تعينت المواساة عليه. إذ مطالبة سائر النّاس بها قد يتعذّر ولا يوجد من يتكلّفها فيؤدّي ذلك لهلاك الصغير.

فإذا كانت النّفقة عليه إذا أعتقه فإنّه إذا باع أمة اشترط على مشتريها من الإنفاق مثل الذي كان عليه، لكون هذا أحوط للولد وأرفق به من أن يطالب رجلاً[2] باعها بنفقة ولدها كل حين. وقد يلحق الولدَ من ذلك ضرر وتضييع، فكان الأولى اشتراط ذلك على من ينفق على أمّه.

وكذلك لو أعتق مالك الأمة وولدها الأم خاصّة، فإنّ من حقّها أن يكون في تربيتها، إن كان لا خدمة فيه، وإن كان لسيده به شيء من الانتفاع مكّن من الانتفاع به ويأوي بعد ذلك إلى أمّه. وإن سَافر سيّده به تبعته أمّه لكونها حرّة لا حكم عليها لأحد.

وأما إذا كاتب السيّد أحدهما فإنّ ذلك ليس بتفرقة، فإن احتاج إلى بيع من لم يكاتبه منهما فلا يمكّن من ذلك، إلاّ أن يبيع من يبيع الرّقيق منهما كتابة

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يوجد ـ منه.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يُطالب رجلٌ.

المكاتب منهما. فإذا فعل ذلك ارتفع ما يترقّب من التّفرقة، لأنّ هذا المكاتب إذا عجز عن أداء الكتابة لمشتريها كان رقيقاً لمشتريها مع الآخر الذي اشتراه مع الكتابة، وإن أدّى الكتابة صار حرًّا ناجزاً، والعتق ليس بتفرقة، ونحْن نجيز أن يبيع أحدهما لمن يعتقه، ولكن نبيّن لمشتري الكتابة أنّه إذا أدّاها وصار حرًّا بأدائها فإنّه لا يفرّق بينهما حتى يبلغ الولد حدّ التّفرقة.

وكذلك إن أعتق أحدهما إلى أجل، فإنّ العتق لا يردّ ولا يمكن من بيع من لم يعتقه منهما بانفراده. لكن هل يمكّن من بيعه مع بيع الخدمة التي له في المعتق إلى أجل إذا تساوى أجلهما وأجل حدّ التّفرقة. هذا ممّا تردّد فيه بعض الأشياخ لأجل أنّه يمكن أن يمرض المعتق إلى أجل مرضاً يوجب فسخ الإجارة، فيبطل عقدها، ويرجع إلى سيده يستخدمه وينفرد بحوزه دون المرقوق منهما، فيصير ذلك تفرقة. لكن هذا من النوادر والطوارىء ومراعاة النوادر لا تجب في إحدى الطّريقتين. وإلى هذا مال بعض أشياخي.

ولو كان أمد التّفرقة ينقضي قبل انقضاء أجل الخدمة في المعتق إلى أجل لم يلزم السيّد/ أن يبيع ما زاد من الخدمة على أمد التفرقة، لأنّ ذلك لا سبب يوجبه من انفراد السيّد به، لكون التفرقة قد حلّت له بالأثغار.

وأمّا إنْ دبر السيّد أحدهما فإنّ ذلك ليس بتفرقة، ولكنّه لا يمكن من بيع الذي لم يدبره منفرداً ولا مجموعاً مع خدمة المدبّر. أمّا المنع من بيعه منفرداً فإنّه تفرقة بين الأمّ وولدها، وأنه لا يجوز. وأمّا منعه من بيعه مع خدمة المدبّر، فإنّ خدمة المدبّر لا يجوز بيعها على انفرادها لكون أمدها مجهولاً لتعلّقها بحياة السيد، وأجل انقطاع حياته لا يعلمه المخلوقون، ولو علموه لأمكن أن يَكون يموت مدياناً يردّ الدّين عتق العبد الذي دبّره. وإذا منعناه من بيع من لم يدبره منهما، ومات، وعليه دين، وقد دبّر أحدهما، فإذا كان مثلاً هو الولدَ، والأمّ لم يدبرها، بيعت في الدّين. فإن عتق الولد المدبر فيما بقي من ثمنها بعد قضاء الدّين أي بقيت منه بقيّة في قيمة نفسه فإنه يكون حرًّا ولا يفرق بينه وبين أمّه،

ويؤمر مشتريها بأنْ لا يفرّق بينهما. ولو كان الدّين إذا قضي لم يجب عتق جميع الولد، لكون التّركة تقصر عن جميعه، فإنه يباع من كل واحد منهما جزء مثل ما يباع من الآخر مبلغ الجزء. ويكون مبلغ هذا الجزء جميع الدّين لئلا يفرّق بينهما في البيع. فإذا سقط من له دين عتق من الولد ثلث ما بقي ثم يجري ما بقي مِن الرقّ على أحكام التّفرقة الّتي قدّمناها. و﴿ أنّ لنصرانيّ أمًّا وولدها فدبر الولد وأسلمت الأمّ فإنّ البيع يمتنع لأجل كون الولد مدبّراً. فتؤاجر الأمّ، ويكون ولدها معها، حتى يبلغ حدّ التّفرقة، فتباع الأمّ على النّصرانيّ. وبهذا يتعلّق به حكم تدبير النصرانيّ وسنذكره في موضعه إن شاء الله.

وإذا تقرّر هذا فالشركة في الأمّ والولد ليست كانفراد كل واحد منهما بملك رجل واحد. ولهذا قال **مالك**: إن مات وله أمّ وولدها يجوز أن يبقى الولد وأمّه على حكم الشركة بين الورثة فإن أراد أن ينفرد كل واحد منهما بالملك تقاوما أو باعا بيعاً ينفرد كل واحد بمنهما فيه بالملك، أو يصيِّران ملك الأمّ وولدها إلى رجل واحد، ولا يجزيهما أن يقسماهما، ويبقيانهما في حوز واحد. قال **ابن حبيب**: ولو فعلوا ذلك لفسْخت القسمة.

وهذا الذي قيل في هذا مبنيّ على ما قدّمناه من كون التفرقة إذا كانت عن بيع فإنّه لا يجوز الاقتصَار على الجمع بينهما في حوز، إذ القسمة بينهما كالبيع. وأمّا لو انفرد أحد رجلين بملك أحد هذين الشخصين واشترك هو وآخر في الأمّ أو في ابنهما، فإنّ ظاهر المذهب في هذا على قَولين. وقد قال **ابن القاسم**: إذا كانت أمّة بين شريكين ولها ولد يشتركان فيه أيضاً، فدبره أحدهما، فإنّهما يتقاومانه فإن صار بالقرعة إلى من لم يدبره كان رقيقاً له.

وهذا منه إشارة إلى جواز الانفراد بملك الولد وبقاء المشاركة في الأم.

واعترض **سحنون** هذا، وأشار إلى إنكاره، لأنّ انفراد أحد الرجلين بملك أحد الشخصين تفرقة بينه وبين أمّه.

ورأى **ابن القاسم** أنّ الذي انفرد بملكه له نصيب في أمّه، ولو طرأ على

شريكه دين لبيع جميع الأمّ بحقّ الشّريك.في أن لا يباع النصيب منفرداً يبخس ثمنه. وإذا بيع جميعاً فقد اشتمل البيع على نصيب الذي انفرد بملك الولد وإذا بيع نصيبه فيها عليه أضيف إلى هذا النصيب في المبيع الولد الذي انفرد بملكه.

والجواب عن السؤال السّابع أن يقال:

أما تعلّق حق في نقل الملك لأحد الشخصين، إما الولد أو الأمّ، فإنّه يتصوّر فيه جناية أحدهما جناية توجب على سيده أن يفديه بأرش الجناية أو يسلّمه للمجني عليه. فإذا فداه سيده بقيت الأمّ وولدها على ما كانا عليه. وإن أسلمه سيده فلا بدّ أن يجمع بين الأمّ وولدها في ملك واحد، بأن يشتري أحدهما من الآخر، أو يبيعان جميعاً صفقة واحدة، على قول من أجاز جمع السّلعتين لمالكين، أو على أنّ كل واحد منهما يقوّم ما في يديه منهما، حتى يكون كل واحد منهما على علم بمقدار ما يستحقه من ثمنهما. وأمّا إن لم يتبايعا ولا قوّم كل واحد منهما ما في يديه، وقلنا بالمنع من جمع سلعتين فإنّه ها هنا قد يستخف من أجل الضرورة الدّاعية إليه إذا امتنعا، واحتاج القاضي إلى بيعهما عليهما، على حسب ما تقدّمت الإشارة من كون تَوجيه[1] الأحكام بخلاف ما لا توجبه مع تعذّر التقويم الذي يرفع هذا الغرر في الثّمن الذي تقدّمت الإشارة إليه. وكذلك لو اطّلع من اشتراهما جميعاً على عيب بأحدهما فأراد ردّه، فإنّه يردّ الآخر معه، لأنّه إذا كان العيب في الأمّ وحدها أو في الولد وحده، فلا بدّ إذا ردّه بالعيب من ردّ الآخر معه، لأنّ ردّ المعيب خاصّة إلى ملك بائعه يتضمّن التّفرقة بين الأمّ وولدها وذلك ممنوع شرعاً، ويصيّر هذا كمن اشترى زوجين لا يفترقان، إمّا خفّيْن أو نعلين، فإنّه إذا أصاب بأحد النّعلين عيباً فإنّه لا يردّه وحده لكونه وحده لا كبير ثمن له بالإضافة إلى ثمنه إذا بيع مع صاحبه. فوجب ردّ السّالم من النعلين مع المعيب لأجْل البَخْس. فكذلك يجب في الأمّ وولدها لأجل الشرع.

وكذلك لو أن رجلاً مَلَك أمًّا بانفرادها فباعها بالخيار، ثم اشترى بائعها

---

(1) هكذا. ولعل الصواب: ما توجبه.

ولدها بَتْلاً بغير خيار، فإنه ذكر في المدونة: أن الأمّة المبيعة بالخيار، إن كان الخيار فيها للبائع فإنه يُنْهَى عن إمضاء البيع فيها بعد أن اشترى ولدها؛ لأنه إذا أمضى البيع مع قدرته على أن يردّه صار كمبتدىء بيع أمة وأبقى[1] ولدها على ملكه. فإنْ ركب النهي، وأمضى البيع، فإن إمضاءَه يُرَدّ؛ إلا أن يجمعا بين الأم وولدها في ملك واحد.

فإن كان الخيار في الأم المبيعة للمشتري، فإن له إمضاء الشراء، ويجبران على أن يجمعاهما في ملك أحدهما، ويبيعانهما من رجل واحد.

وقد أشير إلى معارضة هذه التفرقة، من كون الخيار للبائع أو للمشتري، بأنه[2] لا ينبغي أن يُفرَّق بينهما على الطريقتين المعروفتين في المذهب في عقود الخيار إذا أمضيتْ، هل يكون العقد إنما انبرم وانعقد في زمن الإمضاء، فيكون البائع منهياً عن إمضاء العقد إذا كان الخيار له، لكونه عقداً لِبَيْعٍ على أمة وحدها، وعنده ولدها. وكذلك يجب أن يكون المشتري منهيًّا عن إمضاء الشراء، لكونه عَقَد الشراءَ في أمة وولدها باقٍ على ملك البائع.

وإن قلنا بالطريقة الأخرى: إن عقود الخيار إذا أُمضيتْ قدِّرتْ أنها لم تزل ماضية من حين عقد الخيار، وجب، على هذا، أن يجوز إمضاء العقد للبائع والمشتري، لأن كل واحد منهما، إذا أمضى عقداً، كان جائزاً أن يتبتل حين عقد بالخيار، لكون الولد حينئذ لم يكن في ملك بائع الأمة بالخيار.

وأشير أيضاً إلى مناقضة ابن القاسم في قوله: إذا كان الخيار للمشتري فإنهما يجبران على أن يجمعاهما في ملك أحدهما أو يبيعانهما من رجل واحد. فقد / سامح في جمع[3] السلعتين ها هنا لمالكين. وقد قدمنا عنه، فيما سلف، أنه يرى الفسخ أولى من الوقوع في جمع السلعتين.

---

(1) في المدنية: إبقاء.
(2) في (و): فإنه.
(3) في (م): جميع.

وقد اعتُذِر عنه في هذه التفرقة بأن البائع، لما اشترى الولد بعد أن باع الأمّ على الخيار فيها للمشتري، أتُّهِم فيها على أنه قصد بها إبطال حق المشتري في الخيار في الأم، فلم يمكّن من إبطال حقه في الخيار، وأن تُرَدَّ الأمة التي باعها منه إلى يديه؛ ويمنعه من إمضاء الشراء فيها على حسب ما يقتضيه ما كان له من الخيار فيها.

وهذه التهمة لا تتصور إذا كان الخياز في الأمة للبائع، لأنه قادر على ردّها إلى ملكه، سواء اشترى ولدها أو لم يشتره. فلما تصورت التهمة في شأن شراء الولد إذ كان الخيار في الأمّ للمشتري، واتُّهم أنه قصد إلى إبطال حق المشتري منع ما قصد إليه ومضى البيع على ما كان عليه.

وكذلك يعتذر عنه بإجازته ها هنا جمع السلعتين في البيع إذا كان الخيار للمشتري، لأجل ما كنّا أشرنا إليه من الضرورة إلى الوقوع في مثل هذا إذا مكّنا المشتري من إمضاء الشراء. كما لو وجدنا أمًّا في يد رجل وولدها في يد آخر، فإنّا نجمعهما في البيع عليهما، إذا لم يعلم هل هما في أيْدِيهما ببيع فنفسخه، أو بغير ذلك مما لا يصحّ فسخه. وكذلك لو كانا في أيديهما ببيع، وفات المبيع بحوالة أسواق، فإنّا نبيعه عليهما لما امتنع الفسخ بحوالة الأسواق، إذ لا يمكن جمعهما إلا كذلك.

فكان/ ابن القاسم يلجىء إلى الفسخ هرباً من جمع السلعتين، إلا أن تدعو الضرورة إلى جمعهما في البيع فيستخفه لأجل الحاجة إليه.

والجواب عن السؤال الثامن أن يقال:

قد تقدم في غير هذا الكتاب الكلام على ملك أهل الحرب ما في أيديهم، وأنّا نستبيح أموالهم بالشرع إذا قدرنا عليها. وأشرنا في هذا الكتاب إلى هذا المعنى لما تكلمنا على مراباة أهل الحرب ووطء نسائهم. وبالجملة ملكهم ناقص عند من قال: إنهم مالكون لقوله تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَـٰرَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُمْ﴾[1]. وهذه

(1) سورة الأحزاب، الآية: 27.

الإضافة تقتضي ملكهم لما أضيف إليهم من أرض ومال. لكن الملك لما كان لنا انتزاعه من أيديهم بالقهر صار ملكاً ناقصاً.

وأما أهل الذمة الذين ضربت عليهم الجزية فإنا لا نستبيح أموالهم ما داموا لم ينقضوا العهد، ويؤدّون الجزية.

فلو أن أحداً منهم عنده أمة وولدها فأراد أن يفرق بينهما في البيع، فإنه يُنهَى المسلم عن الشراء منه، لكون التفرقة في ديننا لا تجوز.

لكن لو كان الجميع نَصارى، سيدهما البائع، والمشتري منه، والأم وولدها، فإنه إن كانت التفرقة عندهم لا تجوز، كان من حقنا، إذا طلبت الأم المنع من التفرقة، أن نمنَعهم من ذلك، لأنه من التظالم، ونحن مأمورون بأن نكف ظلم بعضهم عن بعض. لكن لو كان ذلك في دينهم سائغاً لكان للنظر في هذا مجال. وبعض أشياخي يطلق القول بمنعهم من ذلك غير ملتفت للتفصيل الذي فصلناه.

ولو أن نصرانياً له أمة نصرانية أزوَجها من عبد له نصراني، فأسلمت الأمة ولها وَلد من زوجها، فإنه يباع معها لأجل حقها في المنع من التفرقة بينها وبين ولدها، وإن كان الولد على دين أبيه في المشهور عندنا من المذهب. وقيل: إنه يتبع/ أمه في الإسلام. وبه قال أبو حنيفة والشافعي، لكون الإسلام يعلو ولا يعلى عليه. وقد قيل: إنه لا يكون مسلماً بإسلام أبيه، وإنما يكون مسلماً بإسلام أمه. واعتبر من ذهب إلى هذا الأمَّ في الدين كما اعتبرها الجميع في الرق والحرية؛ فإن الولد لا يتبع أباه في الرق والحرية، وإنما يتبع في هذا أمه.

ولو أن رجلاً اشترى أمة، واشترى عبدُه، المأذون له في التجارة، ولدَ هذه الأمة، فإنّا لا نجيز ذلك، وإن كان السيد قادراً على انتزاع ما اشتراه عبده، حتى يكونا كأنهما في ملك واحد، لأن مِن مذهبنا أن العبد مالك حتى ينتزع السيد ما في يديه، فإذا لم ينتزع ما في يديه أُجْرِيَ على أحكام المالكيْن.

وقد يطرأ على العبد ديْن فيجب بيع ما اشتراه من ولد أو أمّ في الدين الذي عليه؛ فيكون بيع ذلك تفرقة. فإن فعلا، واشترى السيد الأمة، والعبدُ ولدَها، أُمِرا أن يجمعا بينهما في ملك أحدهما، أو يبيعاهما من رجل واحد. وإن لم يفعلا فسخ البيع.

وقد عورض هذا أيضاً بأنه إذا جاز لهما أن يبيعاهما جميعاً فلا وجه لفسخ البيع، بل الواجب أن يبيع ذلك القاضي عليهما، كما أمرا أن يفعلا. وأصل ابن القاسم أنه إذا قُدِر على تحصيل المقصود من رفع ضرر التفرقة بالجمع في ملك واحد فلا يعدل عنه إلى الفسخ، كبيع المصحف من نصراني. وهذا الذي اعترض به بعض حذاق الأشياخ قد يعتذر عنه عندي بأن البيع إذا كان من العبد وسيّده بالتراضي منهما، صار ذلك كانتزاع ما في يد العبد من ولد أو أمّ؛ وكأنه لما أمَرَ عبدَه أن يبيع ما في يده مع ما في يد سيده انتزع حق العبد في إقرار ملكه على ما في يديه منهما، وهو إذا انتزعه ثم باعهما بعد الانتزاع، لم يتصور في ذلك جمع السلعتين لمالكين، بل هما ها هنا كمالك واحد. وإذا قررنا أن أمره لعبده، ورضاه له بأن يبيع ما في يديه وما في يد السيد، يقدّر كالانتزاع لم يكُن ذلك كبيع حاكم يجمع سلعتين لمالكين، ويبتدىء ذلك اختياراً منه من غير رضى المالكين. هذا مما ينظر فيه.

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه:

والتصْرِيَة عيب. وإذا علم المبتاع بعد أن حلبها فله الخيار بين إمساكها أو ردّها مع صاع من تمر.

قال الشيخ الإمام، رحمه الله:

يتعلق بهذا الفصل خمسة أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ ما التصرية في اللغة؟

2 ـ وما الدليل على النهي عنها؟

3 ـ وهل التصرية عيب يوجب الردّ؟

4 ـ وهل يفسد العقد أم لا؟

5 ـ وما حكم اللبن المحلوب منها؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

التصرية في اللغة الجمعُ. ومنه قوله تعالى: ﴿عَجُوزٌ عَقِيمٌ﴾[1] أي في جماعة من النساء. وتقول العرب: صَرّيت الماء في الحوض، وصَرَيته، إذا جمعته. والصَّراة مكان يجتمع فيه الماء سُمِّي هذا المكان بذلك لاجتماع المياه إليه. فالمصرّاة مأخوذة من هذا، وليست مأخوذة من الصَّرار، ولو أخذت من الصرار لسُميتْ مصرورة.

وكذلك المجمّلة[2] هي التي جمع لبنها في ضروعها[3]، أيضاً. ومنه قولهم: أتيت فلاناً وهو في محفل عظيم، أي في جماعة كبيرة.

وهكذا وردت الأحاديث عن النبي ﷺ، في بعضها حكم من اشترى مصرّاة، وفي بعضها حكم من اشترى محفّلة. والمراد باللفظين معنى واحد. وقد ذكرنا أن العرب تقول: صريت الماء في الحوض، بتشديد/ الراء وتخفيفها. فإذا نهيت الناس عن التصرية على لغة التشديد في الراء قلت: لا تُصرُّوا الإبلَ؛ كما تقول في النهي للناس، إذا أخذته من حلّ عن الحرم: لا تحلوا الحرم.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

أما الدليل على منع التصرية فقوله ﷺ، فيما رواه أبو هريرة فيه: «لا تصروا الغنم والإبل. فمن اشتراها بعد ذلك فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها،

(1) سورة الذاريات، الآية: 29.

(2) هكذا، ولعل الصواب: المحفَّلة.

(3) هكذا، ولعل الصواب: ضرعها.

إن شاء أمسكها، وإن شاء ردّها وصاعاً من تمر» الحديث المشهور، على حسب ما وقع في الموطأ[1] والبخاري[2] ومسلم[3]، وغيرهم ممن لم يشترط الصحيح[4].

ومن جهة المعنى: إن الغش والتدليس ممنوع في الشرع. وقد قال ﷺ: «من غشنا فليس منا»[5]. وهذا إذا أتى لناقته فربط أخلاف الناقة بخيط، يوماً أو يومين، حتى يكثر لبنها، ويمتلىء[6] ضرعها، وينتفخ ويعظم في النظر، قاصداً بذلك التغرير للمشتري، ليعتقد أن الناقة التي ساوم فيها، هكذا يكون ضرعها كل يوم لكثرة لبنها، فيزيد البائع في ثمنها، اعتقاداً منه أنها تحلب كل يوم مقداراً كثيراً فوق ما اعتيد منها من الحلاب.

والتغرير بالمسلم في إتلاف ملكه لا يجوز، وإن لم يقارنه بيع ولا معاوضة، فكيف به في عقود المعاوضة.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

إذا تقرر النهي عن التصرية، فإن ذلك إذا وقع، وبيعت المصراة، فقد اختلف الناس في ذلك.

فأكثر العلماء على أنه عيب وتدليس يوجب للمشتري مقالاً. وبه قال مالك والشافعي والليث وأحمد وإسحاق.

وذهب أبو حنيفة إلى أن التصرية ليست بعيب ولا تدليس، ولا مقال للمشتري فيها.

---

(1) الموطأ: حديث 1995.
(2) البخاري: حديث 2150.
(3) مسلم: إكمال الإكمال: 184:4.
(4) انظر البيهقي: 347:5 ـ 348، أحمد: 379:2.
(5) مختصر أبي داود: 3308 ـ مسلم: كتاب الإيمان: باب 43: الحديثان 101 ـ 102 ج 1: ص99.
(6) في (م): يمتنع.

وذكر ابن القصار من أصحابنا هذا المذهب عن أبي حنيفة، وقال: إنّ أصحابنا والشافعية يحكون عن أصحابه أنهم ينكرون هذا. وهكذا ذكر أبو حامد أن أصحابه ينكرونه. والذي حكيناه عنه هو الذي وقفت عليه في نقل المتأخرين من حذاق أصحابه، ويذكرون أن أبا يوسف خالفه وذهب إلى أن للمشتري في ذلك مقالاً؛ وأن محمداً بن الحسن أحدَ أصحابه موافقُه على هذا المذهب الذي حكيناه عنه.

أن يقال: إذا تقرّر تحريم بيع المصراة، فإنه إذا وقع لم يفسد العقد، وإن كان منهيّاً عنه، لأنه عليه السلام قال: «إذا رضيها أمسكها»، والعقد الفاسد ليس للمشتري أن يتمسك به. فإن قيل: فإنه منهي عنه، والنهي يدلّ على فساد المنهى عنه. فمثل هذا ما[1] اختلف فيه أهل الأصول. فمن قال منهم: إن النهي لا يدل على فساد المنهى عنه، قولاً مطلقاً؛ فلا يلزمه أن يُفسِد بيع التصرية. ومن قال: إنه يدل على فساد المنهى عنه، فإنه يقول: إن هذا النهي لا يدلّ على الفساد. فإن قيل: قد قال القزويني من أصحاب مالك، وابن الجهم في بيع النجش: إنه يفسخ لنهي النبي ﷺ عنه. والنهي عن النجش لحق المخلوقين.

قيل: إن هذا إنما يقال على مقتضى ما يوجبه الدليل على الجملة، عند من ذهب إلى أن النهي يدلّ على فساد المنهي عنه على الإطلاق، ما لم يقم على إمضاء البيع دليل، وها هنا قد قام على إمضائه دليل، وهو ما قارن النهي عنه من إمضائه إذا اختار المشتري التمسك بالمصرّاة، وهو قوله ﷺ: «فإن رضيها أمسكها».

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

إذا تقرر النهي عن التصرية فإن ذلك إذا وقع وبيعت/ المصراة، فقد اختلف الناس في ذلك.

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: مما.

فأكثر العلماء على أنه عيب وتدليس، يوجب لِلمشتري مقالاً وبه قال مالك والشافعي والليث وأحمد وإسحاق.

وذهب أبو حنيفة إلى أن التصرية ليست بعيب ولا تدليس، ولا مقال لِلمشتري فيها. وذكر ابن القصار، من أصحابنا، هذا المذهب عن أبي حنيفة. قال: إن أصحابنا والشافعية يحكون عن أصحابه أنهم ينكرون هذا. وهكذا ذكر أبو حامد أن أصحابه ينكرونه. والذي حكيناه عنه هو الذي وقفت عليه في نقل المتأخرين من حذاق أصحابه. ويذكرون أن أبا يوسف خالفه،وذهب إلى أن للمشتري في ذلك مقالاً. وأن محمداً بن الحسن أحد أصحابه موافقُه على هذا المذهب الذي حكيناه عنه.

فمن ذهب إلى أن ذلك عيب يوجب للمشتري مقالاً، فإن الأكثر منهم على أن لِلْمشتري أن يقبل المصراة بهذا العيب ولا شيء له. أو يردها ويأخذ الثمن. وبذلك قال مالك والشافعي.

وذكر الطحاوي عن عيسى بن أبان أنه قال: كان الحكم في من دلس بعيب ألاّ يعطى الثمن، لما كانت العقوبة في الأموال، فعوقب هذا بحرمان الثمن. ثم نسخ هذا برد المبيع ويرجع بالثمن. لكن هذا لما كان اللبن الذي كان بالضرع لم يقدر على ردّه لاختلاطه بما يحدث من اللبن عند المشتري، وجب أن يعدل عن الرد للبيْع لما تعذر ردّ المبيع بعينه لأجل ما ذكرناه، إلى أن يأخذ قيمة العيب.

وهكذا مذهب أحمد بن حنبل أن المقال في هذا العيب، الذي هو التصرية، في طلب المشتري للبائع بقيمة العيب ألا يرد المصراة.

والمذهب، الذي أشرنا إلى أن أصحاب أبي حنيفة ينكرون ما حكيناه، ينسبون إليه أن ذلك عيب، ولكنه لا يوجب الرد لتصرف المشتري في المبيع وانتقاصه. وقد كنا قدمنا، في كتاب الردّ بالعيب، أن من مذهبه أن النقص

الحادث عند المشتري يمنع من الردّ[1] يوجب قيمة العيب.

فأما ذهاب أبي حنيفة إلى أن ذلك ليس بعيب ولا تدليس، فإنه يعتمد فيه على ثلاثة طرق:

أحدها: أن مجرّد العقد على المبيع المعيب يوجب للمشتري الرد، والحديث الوارد في المصراة ذكر فيه أن للمشتري الردّ بعد أن يحلبها. فاقتضى هذا أنه لا يجب الرد بنفس العقد، بل بأمر حدث بعد العقد. وهو خلاف الأصول.

والوجه الثاني أن اللبن لا قسط له من الثمن. ولو كان له قسط لم يجز بيع الشاة التي في ضرعها لبن، لأنه عليه السلام نهى عن بيع اللبن في الضروع[2]. وإذا لم يكن له قسط من الثمن لم يتصوّر التدليس بأمر لا حصة له من الثمن.

والوجه الثالث أن البائع للمصراة لم يشترط كونها تحلب كل يوم مقداراً كثيراً فظهر أن الأمر بخلافه، وقصارى ما فيه أنه سكت عن بيان بعض أوصاف المبيع، ومجرد هذا لا يوجب للمشتري مقالاً، والدرك ها هنا على المشتري في اعتقاد الغلط، فلا يوجب له ذلك دركاً على البائع، كما لو باع جارية وهي ثيّب، فقال المشتري: ظننتها بكراً؛ فإن ظنه لا يوجب له ردها، كما تقدم بيانه في كتاب الرد بالعيب.

وكذلك لو سمّن رجل شاته أو بعيرهُ فظن المشتري أنها حامل، فإنه لا يردّها لظنه ذلك. وكذلك لو كان الضرع كثير اللحم، وظنه المشتري كثير اللبن.

فإذا كانت هذه الظنون لا توجب للمشتري مقالاً على البائع فكذلك التصرية، يظن المشتري أن المصراة كثيرة اللبن.

وكذلك لو باع غلاماً في ثوبه أثر المداد، وبيده الدواة والقلم، فإذا به أمّي.

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: ويوجِب.

(2) ابن ماجة: السنن: كتاب الجارات: باب 24، حد: 2196. ج2/740.

فأما الوجه الأول فغير مسلَّم، لأن عيب التصرية إنما أوجبه العقد، ولكن/ هذا عيب لم يطلع عليه المشتري إلا بعد العقد والحلاب، فلهذا تأخر الردّ به. ولو ثبت أنها مصراة قبل الحلاب، وأن لبنها ينقص عن مقدار ما صُرّيت به لكان للمشتري ردّها وإن لم يحلبها.

وأما الوجه الثاني، وهو كون اللبن لا حصة له من الثمن، فإن من اشترى شاة لبوناً، يعلم بمقتضى العادة أن ثمنها إذا كانت تحلب كل يوم قسطاً أقلُّ من ثمنها إذا كانت تحلب كل يوم أضعاف ذلك. فإذا علم أن المشتري يزيد في ثمنها بزيادة لبنها، كان له مقال في الردّ بعيب ينقص من الثمن.

ونهيه عليه السلام عن بيع اللبن في الضرع محمول على أنه باعه مفرداً، وهو لا يعلم مبلغه، فيكون المبيع مجهولاً. وأما إذا باعه وباع الشاة، ولبنُها الذي في ضرعها تبع لها، فإن ذلك ليس بغرر، لكونه تبعاً لمبيع معلوم كبعض أجزائه. ألا ترى أن بيع الثمرة قبل الزهو بشرط التبقية لا يجوز، لما فيه من الغرر. فلو بيعت النخل وفيها تمر لم يَزْهُ، لجاز ذلك لكون الثمرة ها هنا تبعاً للنخل. ولو باع الجنين منفرداً في بطْن أمه، لم يجز ذلك. ولو باع أمه حاملاً لجاز ذلك. فلا تقاس أحكام التوابع على أحكام المتبوعات.

وأما الوجه الثالث الموجب لتخيير المشتري في المصراة كون البائع غش ودلّس، وفعل ما لا يحلّ، وغرر بالمشتري تغريراً أتلف عليه به بعض ماله.

والذي سمّن شاته فعل ما هو مباح له، ولم يقصد التغرير بالمشتري، فيعاقب بالردّ عليه، كما عوقب من ظلم وغرّ.

وأما من باع غلاماً في ثوبه أثر المداد، وبيده القلم والدواة، فإن أبا حامد الإسفرائيني تردّد في هذا، هل يقال: للمشتري مقال في ردّهِ إذا كان أمّيًّا، أو يقال: لا مقال له، لكون المشتري عوّل على أمر محتمل يمكن عنده أن يكون غلاماً لكاتب يحمل دواته وقلمه. فعلى المشتري الدرك إذا عوّل على أمر

محتمل وبالجملة فإنه إذا لم يفعل البائع فعلاً محرماً عليه، ولا غرر بالمشتري، ولا قصد التدليس عليه، وعوّل المشتري على أمر محتمل حتى يكون مدعياً في ما ظن، فإنه لا مقال له.

ولو ثبت أنه عوّل على أمر تقتضيه العوائد، وهو الذي يعتقد فيه هو وغيره من الناس، فكشف الغيب أن الأمر خلاف ما عقد عليه، وتحقق أنه لو كُشِف الباطن ما دخل عليه هو ولا غيره من الناس، فإنه إنّما عقد على المعتاد، فإن هذا مما يوجب له مقالاً، على تفاصيل تعلم مما تقدم في غير هذا الكتاب من أحكام البيوع والعيوب وغير ذلك.

هذا عمدة أبي حنيفة والانفصال عنها..

وأما دليلنا عليه، وهو الحديث الصحيح الذي قدمناه، فإنهم يجيبون عنه بطريقين، أحدهما الطعن في النقل. والثاني مخالفة الأصول.

فأما الطعن في النقل، فإن بعضهم تجاسر، وقال بالتوقيف[1] في حديث أبي هريرة. ونسب ذلك إلى إبراهيم النخعي. وهذا تجاسر عظيم على صاحب مشهور من أصحاب النبي ﷺ، روى عنه خلق من أبناء المهاجرين والأنصار، وروى عنه الأئمة من الفقهاء والمحدثين. وقد قال أبو العباس بن سريج مستعظماً لهذا الطعن: مثل من قال هذا كمن رأى في ثوبه نجاسة فغسلها بالبول. لأن الطاعن بهذا لما عدل[2] على ردّ حديث وحكم نص النبي ﷺ طعن في راوي الحديث من الصحابة رضي الله عنهم. وقد رأيت أبا زيد الدبوسي، وهو من حذاق أصحاب أبي حنيفة، تلطف في هذا الطعن، وقال: أحاديث/ أبي هريرة تردّ بالقياس الصحيح.

وهذا الذي أشار إليه من تقدمة القياس على خبر الواحد مسألة مشهورة في أصول الفقه، ذكرنا حكمها في كتابنا المترجم بـ «كشف المحصول من برهان

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: بالتوقف.

(2) هكذا، ولعل الصواب: عوّل.

الأصول». ولكنها إنما ذكرها العلماء في أصول الفقه ذكراً مطلقاً غير مختص بخبر صاحب بعينه مُسمَّى. ولكن ما ذكرهُ أبو زيد قد يَفهم بعضُ من يقف عليه التعريض بطريقة القادحين الذين ذكرناهم، والله أعلم بما أراد.

وأيضاً فإن ابن عمر روى الحديث، وإن كان بلفظ مخالف لِلفظ الذي ذكرناه من رواية أبي هريرة فتأكّد[1] صحة النقل.

وطعنوا أيضاً في الحديث باختلاف الرواة في متنه. ففي بعضها أنه «يردّ صاعاً من تمر». وفي بعضها أنّه «يرد صاعاً من ثمر لا سمراء». وفي رواية ابن عمر في من اشترى مُحَفَّلة، فذكر الحديث، وقال: «يردّ مثل أو مثلي لبنها قمحاً». وهذا الاضطراب يوجب ضعف الحديث.

وهذا الطعن، أيضاً، غير مسلَّم، لأن جميع الرواة اتفقوا على أن في الحديث إثبات الردّ للشاة إذا شاء. واختلافهم في ما يرد مع الشاة عوضاً عن اللبن مسألة أخرى، وحكم آخر لا يتعدى إلى الحكم الذي اتّفقوا عليه، وهو وجوب الرد.

وطعنوا في الحديث من جهة مخالفته الأصول؛ فإنه يتضمن رد عوض اللبن صاعاً من تمر؛ واللبن يختلف بالقلة والكثرة، والأصول تقتضي بأن من أتلف قليلاً يغرم مقداره، ومن أتلف كثيراً يغرم مقداره، وهذا الحديث قد سَوَّى بين القليل والكثير في الغرامة.

والانفصال عنه أن الموضحة ديتها خمسون ديناراً على أهل الذهب، كانت الموضحة كبيرة أو صغيرة، ولم يُستنكر في الشرع هذا، فكذلك تقدير عوض اللبن بصاع تمر.

ومذهبه أيضاً في العبد إذا قتل، فإنه يغرم ديته وهي عشرة آلاف درهم إلا عشرة دراهم. فسوّى إذاً بين العبد العظيم القيمة والعبد الخسيس القيمة في هذا

(1) في (م): فنأكد.

التقدير لما اقتضاه الشرع والدليل.

وقد قال جماعة ممن تقدم وتأخر من العلماء، من أصحابنا وأصحاب الشافعي وغيرهم: إن اللبن الذي كان في الضرع عند العقد يجب ردّه مع الشاة ولكنه يختلط به ما حدث في الضرع في ملك المشتري، وهو غلة، والغلات لا ترد إذا ردَّ المبيع بالعيب، والذي كان في الضرع ليس بغلة، بل هو كالمبيع في حكم التبع، فيجب ردّه. فلما لم يتميز من اللبن ما يجب رده مما لا يجب ردّه، رفع عليه السلام الخلاف والتشاجر والخصام والتداعي بأن جعل عوض اللبن الذي كان بالضرع حين العقد أمرا محدوداً كالقيمة له، وقدره بجنس غير جنسه ليسلم من التفاضل بين لبن ولبن صار عوضاً عن اللبن الأول. وهكذا[1] كما قضى ﷺ في غرة الجنين بعبد أو وليدة[2]، ولم يفرق بين كون الجنين ذكراً أو أنثى، مع اختلاف دية الذكر والأنثى. وكذلك ﷺ قصد بهذا التحديد والتعويض رفع التشاجر والخصام في الأجنّة، هل هم ذكران أو إناث.

وقال أبو يوسف صاحب أبي حنيفة: تأويل الحديث أن البائع اشترط كون هذه الناقة تحلب أقساطاً معلومة، فظهر أنه لم يصدق، وأنها تحلب أقل مما شرط، فلهذا كان له الرد لأجل فساد البيع، لأن البيع والشرط إذا اقترنا في العقد أفسد الشرط العقد إذا كان في معنى هذا الشرط.

وهذا الذي قاله تعسف عظيم، وإبطال للأحاديث والظواهر، لأن النبي عليه السلام لم يذكر، لما ذكر حكم المصراة، أن المشتري/ اشترط مقداراً من اللبن معلوماً. ولو ساغ أن يضاف إلى لفظ النبي عليه السلام ما لم يقله، ولم يذكره السائل ولا هو من المشكلات الظاهرة والمحتملات القريبة، لأمكن أن يدعى في كل حديث زيادة فيه بما قد يمكن.

وأيضاً فإن البيع الفاسد يجب فسخه، وإن لم يرض المشتري، ولا يسوغ

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: وهذا.

(2) الموطأ: كتاب العقول: عقل الجنين.

له التمسك به. وها هنا قد قال ﷺ في المشتري: «إن شاء أمسكها وإن شاء ردّها». والبيع الفاسد لا يقال فيه: إن شاء المشتري أمسكه؛ بل للقاضي ردّه وفسخ عقده. وأيضاً فقد قال في بعض طرق الحديث: «إنه بالخيار بعد ثلاث» والبيع الفاسد يفسخ في الحال ولا يؤخر إلى يوم ولا ثلاث.

وأشار أبو حنيفة إلى رده من ناحية مخالفة الأصول؛ فإن الأصل في المبيع المعيب إذا حدث به نقص يمنع من الرد بالعيب لأجل ما حدث عند المشتري من النقص. وها هنا قد أوجب ردّ الشاة المصراة مع نقصها بالحلاب.

والانفصال عن هذا بأن هذا النقص لا يعرف العيب إلا به. كما لو اشترى ثوباً مطوياً فنشره فانتقص بالنشر كَمَادُه؛ فإن هذا لا يمنع من الردّ لكون المشتري لا يعلم العيب إلا باختبار المبيع، واختباره ها هنا بنشر الثوب المطوي.

وكمن اشترى قثاء فكسره فوجده مُرًّا. على ما تقدم ذكره في كتاب العيوب، لما تكلمنا على العيوب الباطنة التي لا تعلم إلا بعد البيع.

وذكر أصحاب أبي حنيفة أيضاً أن الأصل في المتلفات المكيلة القضاء بأمثالها؛ وها هنا لم يردّ اللبن ولا مثلهُ بلْ ردّ عوضه تَمراً، وهذا خلاف الأصول.

والانفصال عن هذا ما تقدم من كون هذا شُرِع لِرفع النزاع؛ واللبن إذا حلب غُيّر عن الحال الذي كان عليه في الضرع، ونقله إلى حالة أخرى؛ فلهذا لم يُردّ بعينه، ولا ردّ مثله، لكون ما في الضرع مجهولاً، والمجهول إنما تغرم قيمته.

وأشار الطحاوي إلى ثبوت حديث المصراة. ورواه منسوخاً بنهيه عن الدين بالدين. وهذا تعسف في التأويل، في دعوى النسخ بهذا. وإذا كان قد ساهمه في هذه الطريقة أشهب من أصحاب مالك، وأشار إلى كونه منسوخاً بقوله عليه السلام: «الخراج بالضمان». وهو الذي أشار إليه أشهب في المدونة وغيرها، وضعّف حديث المصراة من أجله، وذكر أن مالكاً ضعفه، وهكذا قال ابن شعبان في مختصره: إن حديث المصراة ليس في الموطأ، ولا بالثابت.

يشير إلى أنه لم يتوطّأ على العمل[1]، ولا يثبت الأخذ به. لا يستقل[2] حجة في رد حديث المصراة، ومالك الذي أشار إلى ضعفه هو الذي رواه. ورواه غيره من أصحاب الصحيح كالبخاري ومسلم وغيرهما.

وقوله: الخراج بالضمان؛ عام في المصراة وغيرها، فلا ينسخ العام الخاص، بل المعروف عند أهل الأصول من الفقهاء تخصيص الحديث العام بالحديث الخاص.

والنسخ إنما يكون مع مناقضة حديث بحديث، مع أن المناقضة أيضاً تفتقر إلى علم التاريخ حتى يكون الأخير منهما ناسخاً للأوّل، وهذا كله يعسر وجوده في حديث المصراة وحديث: الخراج بالضمان.

وإذا ثبت النهي عن تصرية الإبل والغنم بالنص عليها، فالبقر كذلك لأن لبنها فوق لبن الغنم ودون لبن الإبل، فهما كالمنبهان على الوسط الذي بينهما.

وقد وقع في رواية ابن عمر العبارة عن هذا بقوله: «من اشترى محفلة» والمراد/ ما حُفِّل اللبن في ضرعها تسمى محفلة. ومنه قوله: مَحْفَل من الناس، أي جمع كبير. والبقرة التي يجمع لبنها في ضرعها تسمى محفلة.

وأما لو كانت التصرية في غير الأنعام، كالحمير، فإنه ينهى عنه. وللمشتري مقال إذا اطلع عليه، لكون زيادة لبنها يزيد في ثمنها لأجل تغذية ولدها.

وهكذا لو حُفّلت جارية بأن حبس لبنها، فإن ذلك أيضاً من التصرية المنهي عنها.

كذا ذكر أصحاب الشافعي في هذين السؤالين. والذي قالوه يجب أن يُسلَّم إذا علم أن اللبن في الجواري وفي الأتانة مما يزاد في الثمن لأجله. وإن

---

(1) في (م): لم يتواطأ إلى العمل به.

(2) هكذا، ولعل الصواب: وهذا لا يستقل...

كان هذا مما لا يلتفت الناس إليه، ولا يعرجون عليه على حال، فإنه لا يسلم ما قالوه، ولكن إذا كان الأمر على هذا فلا يقع أحد في التصرية والاشتغال بها، لكونه لا يفيد في غالب الأمر.

«**والجواب عن السؤال الرابع** أن يقال:

إذا تقرر تحريم بيع المصراة، فإنه إذا وقع لم يفسخ العقد، وإن كان منهياً عنه، لأنه عليه السلام قال: إنه إذا رضيها أمسكها؛ والعقد الفاسد ليس للمشتري التمسك به. فإن قيل: فإنه بيع منهي عنه، والنهي يدل[1] على فساد المنهي عنه قولاً مطلقاً، فلا يلزم أن يفسد بيع التصرية. ومن قال: إنه يدل على فساد المنهي عنه؛ فإنه يقول: إن هذا النهي راجع لحق المخلوقين في أَلاَّ يُدلَّس عليهم، ومثل هذا النهي لا يدل على الفساد. فإن قيل: قد قال القزويني، من أصحاب مالك، وابن الجهم، في بيع النجش: إنه يفسخ، لنهيه عليه السلام عنه؛ والنهي عن بيع النجش لحق المخلوقين.

قيل: هذا إنما يقال على مقتضى ما يوجبه الدليل على الجملة عند من ذهب إلى أن النهي يدل على فساد المنهي عنه على الإطلاق، ما لم يقم على إمضاء البيع دليل، وهو ما قارن النهي عنه من إمضائه إذا اختار المشتري التمسك بالمصرّاة، وهو قوله عليه السلام: «فإن رضيها أمسكها»»[2].

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

إذا اختلف الناس في حكمها إذا حلب لبنها. فكنا ذكرنا عن أبي حنيفة أنه ذكر عنه أنه كان يرى التصرية ليست بعيب يوجب للمشتري مقالاً، فهذا لا يوجب على المشتري في اللبن شيئاً. وجُلّ العلماء على أن لبن المصراة للبائع، لكونه قد جمع في ضروعها حين العقد، وهو مبيع معها، فوجب أن يكون للبائع. وإنما يكون، للمشتري ما حدث من اللبن في ضروعها بعد عقد الشراء وبعد أن صارت إليه، لأنه خراج، والخراج بالضمان.

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: لا يدلّ...

(2) ما بين القوسين مكرر مع ما جاء في ص 990.

ولكن إذا كان اللبن الذي صُرّيتْ به للبائع، فهل يجب رده بعينه أم لا، إذا قام المشتري بعيب التصرية بفور حلا به أم لا؟

ذهب بعض أشياخي إلى أنه يرد بعينه، ولا يلزم المشتري عوضه، تمراً ولا غيره، لارتفاع العلة ها هنا، التي من أجلها ورد الحديث برد عوضه صاع تمر، وهو اختلاطه بملك المشتري اختلاطاً لا يتميز معه ما لبائعها من اللبن وما لمشتريها منه فقضى بردّ الصاع عوضاً عمّا لا يتميّز. وإذا ردّت بعيب التصرية لما حلبت بفور العقد، ارتفعت هذه العلة التي هي الاختلاط فوجب رد اللبن بعينه.

وظاهر كلام من تقدم من العلماء خلاف هذا، لكون اللبن إذا حلب غيّره الهواء، فكأنه ليس هو اللبن بعينه الذي كان في الضرع، فلهذا لم يردّ. وهكذا ظاهر المدونة، لأنه ذكر فيها أنهما لو تراضيا برد/ اللبن بعينه، ما جاز ذلك لأن التمر وجب في ذمة المشتري. فإذا تراضيا برد اللبن وقعا في بيع صاع التمر قبل قبضه[1].

ولو كان الأمر كما أشار إليه بعض أشياخي لم يحرم ذلك عليهما، لكون المشتري أسقط حقه في ما اختلط، وإذا أسقط حقه وقبله الآخر منه فلا وجه للمنع. إلا أن يقال: إن الواجب في الشرع رد صاع من التمر لا عين اللبن؛ فيتصور حينئذ فيه المنع من بيع الطعام قبل قبضه.

وقد أشار شيخنا إلى حمل ما في المدونة على أنه لم يرُدّ المصراة بفور العقد. والذي ذكرناه يبعد تأويله هذا.

وهكذا أشار إلى حمل ما وقع لمالك في مختصر ابن شعبان، لما أشار إلى ضعف العمل بحديث المصراة بأن قال: له اللبن بما علف؛ إلى حمل هذا على أراد[2] ما حدث من اللبن في ملك المشتري الذي كان عن علفه، والذي نبهنا عليه من كون تغير اللبن إذا حلب يقتضي إبقاء الروايات على ظاهرها.

---

(1) المدونة: 4:287.

(2) كذا، ولعل الصواب: على أنه أراد أن ما حدث...

فلو ردت الشاة بعيب آخر، غير عيب التصرية، فإن ابن المواز ذكر أنه لا يرد عوض ما حلب. وأشار إلى قصر الحديث في وجوب ردّ الصاع على ما ذكر فيه خاصة، وأبقى ما سواه على أحكام العيوب؛ فإن من رد شاة بعيب لا يردّ لبنها، إذا كان غير مقصود في الشراء، ولا حصة له من الثمن فجرى مجرى ما يغتله المشتري. فإذا لم يقم المشتري بعيب التصرية ورضيها، فقد أسقط حقه في ما زاده من الثمن لأجلها لما عظم ضرعها، فصار كالمقر على نفسه أنّ اللبن لا حصة له من الثمن. وذكر بعض الأندلسيين عن ابن مزين أنه ذكر عن أشهب أنه إذا ردها بعيب، وقد رضي بتصريتها، فإنه يرد الصاع. وإلى هذا مال بعض أشياخي.

وقال المروزي: إنه يرد الصاع من التمر ولو ردها بغير عيب التصرية.

وقال أشهب، في من أكل لبن الشاة وردها بعيب، فإنه لا يردّ عوض اللبن شيئاً. وأشار إلى كونه غلة.

وذهب ابن حنبل إلى أن هذا اللبن لما تعذّر ردّه صار ذلك كفوت المبيع، وفوته يوجب قيمة العيب. فمنع من ردّ المصراة لما حدث من النقص في الشاة. وقد كنا حكينا في كتاب الردّ بالعيب طريقة من ذهب إلى أن نقص المبيع عند المشتري يمنع من رده بالعيب، ويوجب قيمة العيب، فكذلك المصراة.

وقال عيسى بن أبان: كانت العقوبة في الأموال بأن يحرم من دلَّس بعيب الثمنَ عقوبة له، ثم نسخ ذلك بأنه لا يحرم الثمن. فلما كان لبن المصراة لا يعرف ما كان منه للبائع ولا ما كان منه للمشتري عدل فيه إلى أخذ قيمة عيب التصرية.

وذهب أبو يوسف وابن أبي ليلى إلى أن الواجب قيمة اللبن الذي كان في الضرع حين عقد البيع. وإنما حكم ﷺ بصاع من تمر لأنه في زمنه كان قيمةَ اللبن.

وذكر أبو حامد اختلاف أصحاب الشافعي في الصاع من التمر إذا كان يزيد

على قيمة الشاة أو يساويها. فقال بعضهم: يجب أن يرد قيمة الصاع من التمر. ويعتبر فيه قيمته حينئذ بمدينة النبي عليه السلام لما وجب أن يعدل عنه لكونه يقتضي خلاف الأصول من كون البائع يحصل على رد الثمن والمثمون، وهو الشاة وقيمتها، وقال بعضهم: بل يرد صاعاً من التمر، لأن الصاع عوض اللبن لا عوض الشاة. فلا يتصور فيه أن يحصل فيه للبائع الثمن والمثمون.

وقال بعض المتأخرين: ظاهر مذهبنا رده الصاع، ولا يلتفت إلى غلائه ولا إلى/ رخصه. وكذلك اختلف الناس في التصرية إذا كانت في شاة[1] كثيرة فحلبت، هل يرد مع كل شاة صاع تمر، أو يرد على لبن الجميع صاعاً واحداً؟ فذهب أحمد بن خالد الأندلسي، في ما ذكر عنه، إلى أنه يرد صاعاً واحداً عن الجميع، اتباعاً لظاهر الحديث. وذهب أبو القاسم بن الكاتب إلى أنه يرد عن كل شاة صاعاً.

فأما ابن خالد فإنه يحتج بأن النبي عليه السلام أوجب صاع تمر في حلاب الناقة، وهو اضعاف حلاب الشاة، وأوجب في الشاة الواحدة صاعاً من تمر، ولم يلتفت إلى الكثرة والقلة في اللبن؛ فكذلك لا يلتفت إلى زيادة العدد.

وأما ابن الكاتب فإنه يقول: إنما قضى بصاع تمر رفعاً للخصام، كما قضى في الجنين بغرة، عبد أو وليدة، مع اختلاف دية الذكر والأنثى، قطعاً للخصام. ثم لو طرحت المرأة أجنّة لقضى في كل جنين بغرة، عبد أو وليدة. فكذلك في الشاة إذا تعددت. وينفصل عما قاله ابن خالد بأن لبن الناقة وإن كان أكثر فإنه أدنى لأنه لا يستخرج منه زبد ولا جبن، فكأنه وإن كثر يساوي لبن الشاة وإن قلّ.

وإذا علم المشتري بالتصرية وعقد الشراء عليها، فإنه لا يكون له مقال في الردّ بها، لأنه عيبٌ رضي به. إلا أن يظهر إذا استدام حلابها، أنها تقصر عن عادة أمثالها، فيكون له مقال بذلك على ما سننبّه عليه بعد هذا.

---

(1) هكذا، والصواب: شِيَاه.

وذكر أبو حامد أن هذا عندهم على وجهين، أحدهما أنه عيب رضي به، فلا مقال له فيه. والثاني أن له مقالاً، لكونه يرجو أن يستديم هذا القدر من الحلاب.

وكذلك ذكر في المصراة أنه إذا لم يعلم بها حتى حلبها، ثم استدام حلابها، فانتقلت عادتها إلى أن صارت يحلب منها مثل ما صرّاها به، فذكر أن هذا يجري على القولين في من اطلع على عيب فلم يقم به حتى زال العيب؛ كأمة أعتقت تحت العبد فلم تختر حتى أعتق العبد، ففي ثبوت خيارها بعد عتق زوجها قولان.

وقد كنا نحن تكلمنا على أحكام العيب إذا ذهب قبل القيام به في الرد بالعيب.

وذكر أيضاً في الجارية إذا صرّيت، فردها بعيب التصرية، أن المسألة عندهم على وجهين، أحدهما: أنه لا يردّ عوض اللبن، إذ لا قيمة له. والآخر: أنه يأخذ قيمة العيب لما لم يُمْكِن ردُّ اللبن، وهو مما لا يقوّم، فاقتضى هذا أخذ قيمة العيب. وأشار بعضهم إلى أنه يمكن أيضاً أن يقال: يرد بدل لبنها صاعاً.

ولو كانت أتانة[1] صرّيت، فإنه ذكر أن بعضهم ذهب إلى طهارة لبنها. فيقضي هذا أن يرد عوضه صاعاً.

وذهب الشافعي إلى نجاسة لبنها، فلا يجب، على مقتضى هذا، أن يردّ عوضه صاعاً.

وإذا حلب المشتري الشاة المصراة حلبة ثانية، فلا يعدّ ذلك منه رضى بعيب التصرية؛ لأنه، وإن انكشف له العيب، فإنه قد يجوز أن يكون لفساد مرعى.

فإذا حلبها حلبة ثالثة، ففيه قولان: هل يكون ذلك رضى، كما ذكر في الموازية؛ أو لا يكون رضى، كما حكي عن مالك؟ وقال بعض أصحابه: بعد

(1) تاج العروس: 34/154.

أن يحلف المشتري على كونه غير راضٍ. وفي المدونة أحال على قرينة الحال، وهو اعتبار ما يفهم عنه، فقال: إن جاء من ذلك ما يعلم أنه اختبرها عُدَّ ما بعْدَه رضًى[1].

وفي الحديث الذي خرجه البخاري ومسلم في المصراة، أنه عليه السلام (جعل له الخيار ثلاثة أيام).

وبعض أصحاب الشافعي يحمل هذا الحديث على أن المشتري اشترط الخيار ثلاثة أيام، لأن الخيار من ناحية العيب يكون قبل الثلاث وبعدها.

وبعضهم ذهب إلى أنه لم/ يشترط، وإنما ذكر في الحديث لأن الثلاث حلبات بها يتحقق أمرها.

وإذا لم تكن الشاة مصراة واشتراها المشتري في إبان الحلاب، فإن البائع إذا كان يعلم قدر حلابها فإن عليه أن يبيّنه للمشتري، كصبرة يعلم البائع كيلها، فإنه إن لم يُعلم به المشتري، وإلا[2] كان للمشتري رد ما اشتراه لأجل كتمانه العلم له. ولو كان ذلك في غير إبان الحلاب، فإن ابن القاسم يرى أن المشتري لا يكون له مقال إذا لم يذكر له البائع قدر حلابها. وأشهب يوجب له في ذلك مقالاً. وابن المواز يستدل بثمنها، من كثرته وقلته، على أنه زاد في الثمن لأجل حلابها، ولم يزدْ فيه[3]. وإذا كان له الردّ، وردّها بعيب آخر، فإنه لا يرد عوض اللبن الذي كان في ضرعها، لأنه غير مقصود حين العقد، فأضيف إلى ما بعده من الحلاب، وكان الجميع غلّة.

وقد قال الشافعي عن محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة: إنه قال له: ما تقولون في الشاة إذا لم تصرّ وردّها بعيب، هل يرد عوض لبنها صاعاً من تمر؟ فقلت له: لا يرد. والفرق بينها وبين التصرية أن المصراة إذا دلس البائع

---

(1) المدونة: 4:286.

(2) هكذا، والصواب حذف (وإلا) ليستقيم المعنى.

(3) هكذا، وهي غير واضحة.

بالتصرية ليزاد في الثمن لأجل اللبن، صار اللبن فيها ها هنا مقصوداً، والتي لم تصرّ هو فيها غير مقصود فلا يردّ عوضه.

ولو شرط المشتري في شاة أنها تحلب أقساطاً معلومة كل يوم، فحلبت دونها، فإنه يردها بهذا العيب؛ وذلك آكد من ردها بالتصرية.

وإن اشتراها على تصديق البائع في ذلك، كان ضمانها منه ولبنها له.

وإن اشتراها على الخيار، (فإن صح ما قال البائع، والتزمها لم يكن له من اللبن إلا ما حدث بعد التزامها)[1].

قال القاضي أبو محمد، رضي الله عنه:

والحُكرة ممنوعة إذا أضرت بأهل البلد، في كل ما بِهِمْ حاجة إليه، من طعام وغيره. ولا تمنع إذا لم تعد بالضيق والضرر.

ومن جلب طعاماً خلّي بينه وبينه، ولمْ يُجبر على بيعه.

قال الشيخ الإمام، رحمه الله:

يتعلق بهذا الفصل ثلاثة أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ ما حكم ادخار الجالب؟

2 ـ وما حكم ادخار المشتري؟

3 ـ وما حكم الطعام في الشدة إذا عرضت؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

ذكر في المدونة وغيرها حكم الاحتكار. والمراد بهذه اللفظة الخزن والادخار. وذلك ينقسم فيه المالكون على قسمين، والمملوكات على قسمين، وحالة الادخار على قسمين. فأما المالكون، فإن منهم من يخزن ما جلبه من مدينة أُخرى ويدخره. ومنهم من يشتريه بمدينته فيدخره.

---

(1) في هذا الحكم نظر.

فأما من يدخره وقد جلبه إلى مدينته، فإنه لا يمنع من خزنه وادخاره رجاء غلائه. وقد روى مالك في الموطأ: إن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: لا حكرة في سوقنا، لا يعمد رجال إلى فضول أذهاب عندهم فيشترون بها من رزق الله الذي نزل بساحتنا. لكن من جلب على كبده في الشتاء والصيف، فذلك ضيف عمر، يبيع إذا شاء، ويمسك إذا شاء[1]. فأخبر أن الجالب المسافر إلى مدينة بالطعام بخلاف الساكِنِ بها المشتري للطعام منها. فأباح ذلك للجالب. قال مالك: وكذلك الزارع. ونَهَى عنه المقيمَ بقوله: لا حكرة في سوقنا.

ووجه هذه التفرقة أن الجالب للطعام لم يزاحم أهل البلد على شرائه، فيكون ذلك سبباً في غلائه، بل ربما كان الجالب سبباً في رخصه لتكثير ما يقدم به هو وغيره من المسافرين بالطعام. وكثرة الشيء تقتضي رخصه.

وقاس مالك على هذا/ الزارعَ، لكونه مشاركاً للجالب في هذا المعنى، لأنه أيضاً لم يزاحم الناس في شراء الطعام؛ بل زراعته وزراعة غيره تكون سبباً في رخصه بإذن الله تعالى.

وأما المملوكات فإنها تكون أقواتاً كالحبوب والقطاني وما في معنى ذلك، وتكون غير أقوات كالعروض وما في معناها.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

أما حالة الادخار، فإن الادخار لغير الجالب والزارع، إذا أضر بأهل البلد شراء أحدهم لطعام يختزنه ويدخره رجاء غلائه، فإنه يمنع من ذلك. وهذا لا يختلف فيه.

وكذلك غير الطعام من سائر المتملكات التي تكون المسامحة بشرائها والتَّجر بها سبباً لإضرار الناس بغلاء أسعارهم ولحوق الضرر بهم، فإنه ممنوع من ادخارها وشرائها للربح. لأن التمكين من هذا لرجاء المنفعة لا يقابل ما

(1) الموطإ: حديث 1898 باب الحكرة والتربص.

يتضمنه من لحوق الضرر العام للجمهور.

ومن الأمثال المستعملة: صيانة رأس المال أولى من طلب الربح. لأن رأس المال إذا عدم عدم الربح. وكذلك إذا كان طلب هذه المنفعة من الربح الذي يرجوه، يقابله ضرر الجماهير، فإن إزاحة الضرر عنهم مقدم على طلب هذا فائدةً منهم.

ومقتضى هذا التعليل ألاّ يمنع من ادخاره للقوت، لما في ذلك من حفظه حياته وحياة عياله، والتحرّز من لحوق الضرر به بفقد القوت.

وقد وردت الآثار بادخار الأقوات. وقد قيل لبعض المتصوفة: إن من حقيقة التوكل على الله، ألاّ يدخر الإنسان شيئاً يعول عياله، بل إنما يجرد عزمه بالتعويل على الله. والنبي عليه السلام رأس المتوكلين، فما باله ادخر القوت لأهله؟ فقال: باطنه ﷺ التوكل، وظاهرهُ الادّخار ليسنّ لأمته جواز الادخار للأقوات.

وأما الادخار طلباً للربح، ولكنه قد يتضمن مرفقاً للناس من جهة، وضرراً من جهة أخرى، مثل من يشتري الطعام من السوق الأعظم حيث يجتمع فيه طعام الجلابين، ثم يبيعه على يديه في أطراف المدينة؛ فإن ظاهر المذهب في هذا الجواز، وهو المنصوص في هذا. ولكن سئل مالك عن من يشتري الطعام للطحن؟ فقال: أرى أن يمنعوا من ذلك. وهذا كأنه يشير إلى خلاف ما نص عليه، لأن مزاحمة من يبيعه على يديه بأطراف المدينة فيه مرتفق لمن لا يقدر على/ الشراء من السوق الأعظم لعجزه عن ذلك، أو لكونه يُعرض عن البيع منه إذا طلب القليل، فكان من المصلحة إباحة هذا لتضمنه مصلحة ورفقاً بأهل الحاجة، وإن تضمن غلاء في الأسعار.

وكذلك من يشتريه ليطحنه ويبيعه دقيقاً، فيه أيضاً مرتفق بمن لا يتمكن له الطحن لعجزه عنه، أو لكونه إن اشتغل به فاته التغذي بالطعام وقت الحاجة إليه. وكذلك أيضاً من يشتريه ليبيعه خبزاً. هذا كله مسلكه واحد، وهو

الالتفات إلى الموازنة ما بين منفعة ومضرة، أيهما أولى بأن يقدم على صاحبه. فصار شراؤه للاحتكار على وجه يضرّ بالناس ولا يتضمن منفعة لهم ممنوعاً، بلا خلاف. وعلى وجه تتقابل فيه منفعة من جهة ومضرة من أخرى، فيه من الاختلاف ما ذكرناه وأسندنا الخلاف فيه إلى الموازنة ما بين الضرر والمنفعة.

وأما إذا كان شراء ما يدخر لا يضر بأحد من الناس، فإنه إذا كان مما لا تعمّ البلوى بالحاجة إليه، كالبزّ والعطر، فإنه يجوز شراؤه وادخاره بلا خلاف. وإن كان مما تمس الحاجة إليه، كالأقوات وما في معناها، ففيه قولان، المشهور من المذهب/ في المدونة وغيرها، جواز شرائه للادخار، واعتبار لحوق الضرر وفي الاحتكار عموماً في كل المتملكات يمنع شراءَها للادخار.

وارتفاع الضرر عن الناس إذا اشتريت، لكونها لا يغلو سعرها بشرائها، ولا يلحقهم ضرر من ذلك، إنه يجوز أيضاً في سائر المتملكات.

وذكر ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، أنهما يمنعان من احتكار الأقوات والعلوفات، كالحبوب والقطاني، وما يلحق بذلك كاللحم والسمن والزبيب[1] والعسل وشبه ذلك. ويذكر أن مالكاً كرهه.

وهذا ليس باختلاف في فقه، وإنما هو اختلاف في شهادة بعادة. لأن ابن حبيب أشار في كتابه بهذا المذهب إلى أنَّ احتكار الأقوات لا يكون أبداً إلا مضرًّا بالناس؛ ونحن قد حكينا أن الضرر إذا لحق ارتفع الخلاف في المنع من الادخار. وقد وردت آثار يقتضي عمومها ما قال مطرف وابن الماجشون. فروي أنه عليه السلام: (نهى عن احتكار الطعام). وروي عنه أنه قال: (الجالب مرزوق والمحتكر ملعون)[2]. وإنه أيضاً قال: (من احتكر طعاماً أربعين يوماً بريء من الله، والله بريء منه)[3]. وروي عنه أنه قال: (لا يحتكر إلا خاطىء)[4].

(1) في (م): والزيت.
(2) ابن ماجه: 2: حديث 2153. وضعفه في الزيادات.
(3) أحمد: الفتح الرباني: 15/62، 63.
(4) ابن ماجه: 2 حديث 2154.

وهذه العمومات ربما اقتضت خلاف التفصيل الذي فصلناه، لكنا نخصصها بما أشرنا إليه من طرق الاستدلال والاعتبار بشواهد الأصول.

وقد ذكر أبو حامد الإسفرائيني في أن مالكاً ينهى عن الاحتكار فيما يضر إذا كان من الأقوات؛ ولا ينهى عنه إذا كان خارجاً عن ذلك، مثل السكّر وشبهه. ونحن قدمنا من مذهبه/ ومذهب أصحابه خلاف ما أشار إليه. قال: وأما صاحبنا - يريد الشافعي - فلم يذكر هذا. وأشار إلى أنه لم يتكلم على المسألة، ولهذا أسندها لمالك.

فإذا وقع الادخار على الوجه الممنوع، فقد حكى ابن مزين عن عيسى أنه قال: يتوب المحتكر، ويخرج ما اشتراه إلى السوق، ويبيعه من أهل الحاجة برأس ماله الذي اشتراه به. وذكر غيره من أصحاب مالك أنه إن لم يفعل هذا بيع عليه من أهل السوق، يشتركون فيه برأس ماله إن علم، أو بقيمته يوم اشتراه.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

أما إن احتكر ذلك المحتكر على وجه يجوز، ثم حدث غلاء وشدة احتيج فيه إلى الطعام المحتكَر، فإنه سئل مالك: هل يباع عليه هذا الطعام؟ فقال: ما سمعت. وذكر عنه أيضاً أنه قال: يؤمر بإخراجه إلى السوق فيبيعه من الناس. وقيل أيضاً: إن لم يفعل، فعل الإمام ذلك. وهذا تغليب لأحد الضررين، لأن الإضرار بهذا بإخراج ملكه عنه بغير رضاه أخف من ضرر الناس بعدم أقواتهم.

وقال أبو داود: اتفق العلماء، إلا من لا يعد خلافه خلافاً، على أن من احتكر طعاماً ثم احتاج الناس إليه، واشتدت فاقتهم إلى الاقتيات به وهو مستغن عنه، أنه إن لم يبعه بثمن مثله فهو عاص.

وإذا كان لا حاجة لهم به، فإنه لا حرج عليه في إمساكه رجاء غلائه. وأما المحتكر على وجه يجوز، فهل يأثم بتمني غلاء الطعام ليعظم ربحه فيه أم لا؟ فظاهر مذهب مالك أنه لا حرج عليه في إمساكه رجاء غلائه ومحبته لارتفاع سعره. وقد قال لما سئل عن هذا: ما أحدٌ إلا يحب غلاء سلعته.

وحكى لي أحد أشياخي عن أحد أشياخه منتصراً لهذا الذي أشار إليه مالك، بأن قال: قد اتفق على أنه لو كانت سفينتان بجزيرة في البحر، إحداهما تتوجه إلى المشرق والأخرى إلى المغرب، أنه يسوغ لركاب كل واحدة من السفينتين أن يتمنوا الريح التي/ تسيرهم إلى مقصدهم، وإن كان فيه حبس الآخرين، وحبسهم يَلحقهم الضرر به.

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه:·

والتسعير على أهل الأسواق غير جائز. ومن زاد في سعر أُخرج من سوق الملسمين، إلى أن يلحق بالناس.

قال الشيخ رحمه الله تعالى:

يتعلق بهذا الفصل سؤالان:

1 ـ أحدهما أن يقال: ما حكم التسعير لمنفعة الجمهور؟

2 ـ وما حكم التسعير لمنفعة أهل السوق؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

التسعير على وجهين:

أحدهما يتضمن تحجيراً كليًّا، مثل أن يجبر الإمام من عنده الطعام أو غيره مما في معناه، على بيعه، كره أو رضي. فهذا لا يسوغ باتفاق. ولا يجوز جبر المسلم على إخراج ملكه بغير اختياره، من غير سبب يوجب ذلك. لكن لو حدث غلاء أو شدة ببلد عدم فيه الطعام إلا عند قوم مخصوصين، إنْ لم يخرجوا طعامهم للبيع من الناس هلك الناس. فإن هذا قد تقدم الكلام عليه، وذكرنا أن الإمام يأمرهم بإخراجه، لوجوب المواساة عليهم، وكون حياة المسلم واجبة على أخيه المسلم. فإذا أبقى لنفسه من الطعام ما يحفظ به حياته وحياة أهله صار إمساك ما زاد على ذلك يحرم عليه، لما يتضمنه من هلاك أخيه المسلم، والشرع قد تقرر فيه تحريم هذا.

وأما التسعير بمعنى أن يحدّ الإمام ثمناً ينهى عن أن يُتَعدى لمن حاول البيع، ويجعل الخيرة إليه في البيع، إن شاء أمسك طعامه وغيره، وإن شاء باعه. ولكنه إذا شاء البيع فلا يتعدى الثمن الذي حَدّ له. فإن هذا أيضاً على قسمين:

أحدهما أن يكون الطعام بيد رجل جلبه أو زرعه؛ أو رجل لم يجلبه ولم يزرعه ولكنه احتكره بشرائه من أسواق المسلمين على وجه يجوز له، فإن كان ما بيده من الطعام هو جلبه من مدينة أخرى أو زرعه فإنه لا يُخْتلف في أن الإمام لم[1] يسعر على هذا. وإن كان الطعام بيد محتكره بشرائه من سوق المسلمين، ورأى الإمام من المصلحة للناس أن يأمرهم ببيعه بثمن يحدّه لهم ولا يتعدوه، فهذا مما اختلف الناس فيه. وأكثر العلماء على النهي عنه. وبالنهي عنه قال ابن عمر رضي الله عنه، والقاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله، وأبو حنيفة، والشافعي، وهو أحد القولين المشهورين عندنا.

وذهب ابن المسيب ويحيى بن سعيد وربيعة إلى تمكين الإمام من هذا إذا رآه من المصلحة. وهو أحد القولين عندنا.

وقد سئل عن الإمام يقول للجزارين: بيعوا لحم الضأن رطلاً بدرهم، ولحم الإبل نصف رطل بدرهم. إن هذا لا بأس به. ولكن يخاف أن يقوموا. فأشار إلى جواز التسعير في هذه الرواية من ناحية الفقه، ولكن وَقَفَ فيها إلى جواز التسعير من ناحية المصلحة، لأنه لا أحد من العلماء يبيح للإمام أن يحجر على الناس أموالهم تحجيراً لا مصلحة فيه للجمهور.

وإنما يقع الاضطراب فيما فيه مصلحة. فمن يلتفت إلى القضاء بالمصالح أباح التسعير، ومن يلتفت إلى مضرة أصحاب الأموال في أن يحجر عليهم في أموالهم الثمن الذي يختارونه منع من التسعير. فصار الأمر ينحصر إلى أنه متى كان التحجير لا يتضمن مصلحة فإنه يمنع منه، ومتى كانت المصلحة لا تقابلها

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لا.

مضرة ولا مفسدة لأحد فإنه يجوز للإمام فعله. وإنما يقع الإشكال في ما امتزج فيه ضرر ونفع، كما مثلنا به.

وقد أشار ابن حبيب إلى أن الخلاف في التسعير فيما سوى القمح والشعير وشبههما. وهذا الذي قاله لا يتضح له وجه، إلاّ أن يحمل على أن ذلك في حق جالب الطعام من بلد إلى بلد. وإلى هذا/ المعنى أشار، لأنه لما ذكر هذا قال: إن القمح والشعير يبيعه الجالب، ولا يمكن من يشتريه منه للتجارة ليبيعه على يديه. بخلاف غيره من الممتلكات التي تباح للتجارة أن يشتروها من الجالبين ليبيعوها على أيديهم.

وهذا حكم التسعير على المحتكر قد بيناه. والمسألة تستند إلى آثار. فمما يعوّل عليه من ذهب إلى النهي عنه ما خرجه الترمذي في كتابه عن النبي عليه السلام أنه «لما قيل له: سَعِّرْ لنا، يا رسول الله. فقال: إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق وإني لأرجو أن ألقى ربي، وليس أحد منكم يتبعني بمظلمة في دم ولا مال»[1] الحديث كما ذكره الترمذي، وأردفه بأن قال: هذا حديث حسن صحيح.

وإطلاق هذا الحديث بعمومه يقتضي منع التسعير على الجملة على الجالب والمحتكر في المدينة.

وأما من ذهب إلى جواز التسعير فإنه يحمل هذا الحديث على أنه ﷺ إنما طلب منه أن يسعر على الجالب، فلم يفعل، وفيه قال ما قال. وقد ذكرنا الاتفاق على أنه لا يسعر على الجالب. ويخص هؤلاء هذا العموم بفعل الصاحب. وقد اختلف أهل الأصول في تقليد الصاحب، لا سيما إن كان إماماً من الخلفاء الراشدين. وقد ذكر مالك في الموطأ أن «عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بَلْتَعَة وهو يحاول بيع زبيب له، فقال له: بع بكذا، أو فأدخل زبيبَك بيتك». وقد روى هذا الحديث غير مالك بأتمّ من روايته؛ فذكر أنه إنما

(1) الترمذي: البيوع: 73. حديث 1314.

«مرّ به، وبين يديه حملان زبيباً، فقال له: كيف تبيع هذا؟ فقال: رطلين بدرهم. فقال: بلغني أنه تقدم من الطائف رفقة، أخاف أن يقتدوا بك، فرخّص على الناس أو أدخل زبيبَك بيتك».

ومن يمنع التسعير يجيب عن هذا بأنه: لا يخص حديث النبي ﷺ بمذهب ذهب إليه الصاحب رضي الله عنه. وأيضاً فإنه قد ذُكر عن عمر رضي الله عنه أنه عاد إلى حاطب بن أبي بلتعة فاعتذر إليه، ورجع عن قوله، وأخبره أنه قال ما قال من غير عزم عليه[1].

وإذا تقرر الخلاف في التسعير، وسبب الخلاف فيه من اختلاف هذه الآثار وتأويلها، فإنا نذكر صورة صفة التسعير. فقد قال ابن حبيب: إذا حاول الإمام التسعير، فإنه يجمع وجوه أهل السوق الذين يسعر عليهم، ويستظهر على صدقهم بغيرهم ممن هو ليس من أهل السوق، ويسألهم عما يشترون به ما يبيعونه من الناس، فإذا عرف ثمنه سألهم عن مقدار ما يربحون، ونازلهم في ذلك بقدر ما يراه مصلحة للناس، ولا يكون فيه إضرار بهم في الربح، فإن وافقهم على شيء فتراضَوْا به، فحينئذ من تعداه من أهل السوق وعاند أمره أخرجه من السوق. قال: وعلى هذا أجاز من أجازه. قال: وإنما يكون التسعير في المكيل والموزون، طعاماً كان أوْ غيره، دون العروض. فكأنه رأى أن العروض تراد لأعيانها، وتختلف الأغراض فيها، بخلاف المكيل والموزون الذي تتساوى الأغراض في جنسه. وأشار إلى ما كنا قدمناه من الخلاف في التسعير أنه لم يُرِد به جَبر الناس على بيع أموالهم بثمن معلوم، ولا أن يحرم عليهم تعدّي ما يحدّ لهم من الثمن، ولكن إذا تراضى هو وأهل السوق على البيع/ بسعر صار من خالف ذلك من سوى أهل السوق أدخل ضرراً على المسلمين، فوجب أن يعاقب عليه بإخراجه من السوق، أو غير ذلك. فهذا حكم التحجير والتسعير الذي يعود بصلاح العامة والجمهور.

(1) انظر تخريج روايات هذا الأثر في الاستذكار: ج 20: ص 70 وما بعدها.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

أما ما يعود بمصْلحة أهل السوق في أنفسهم، فإن ابن القصار ذكر: أن مالكاً رضي الله عنه قال: من حطّ من السعر قيل له: الْحَقْ بسعر الناس أو فاخْرجْ من سوقهم.

واختلف أصحابنا في تأويل كلامه هذا. فقال البغداديون من أصحابنا: مراده بقوله: من حطّ من السعر: أغلى في السعر. قال: وقال بعض المصريين من أصحابنا: مراده بقوله: من حط من السعر؛ أي أرخص فيه. وهذا قد يسبق إلى فهم سامع هذا اللفظ أن المراد بقوله: حط؛ أي أرخص؛ كما قاله المصريون من أصحابنا، الذين حكى عنهم ابن القصار. لكن ما قاله البغداديون من قولهم: إنه أراد بقوله: حطّ؛ أي أغلى. فإنه يتصور في كثير من البلاد؛ وهم الذين يبيعون مثلاً الخبزة بدرهم وفيها رطل، فيعمد آخر في السوق فيبيع بدرهم، ولكن يجعل وزن الخبزة نصف رطل، فكأنه حطّ في وزن المبيع، وهي في الحقيقة غلاء في الثمن. فهذا الذي ذكر ابن القصار؛ ولكنه قال: إن الوجهين ممنوعان عندي، أن يبيع بأغلى أو بأرخص، لأن الأغلى إذا باع به كان فيه تغرير بمن يشتري منه، وإن باع بأرخص كان فيه مضرة بأهل السوق في تكسيد سلعهم. واعتبار ضرر الأكثر أولى، وليس هذا من التسعير ولكنه من رفع الضرر. وقد ردّ النبي ﷺ الأسرى على الكفار بعد إسلامهم، لما في ذلك من المصلحة لعامة المسلمين في كون الكفار يعتقدون الثقة بما يعاهدونهم عليه.

ولكن الرواية المشهورة عندنا في هذا أن أهل السوق إذا اختلف بيعهم، فأرخص بعضهم وأغلى بعضهم، فإنه إن كانت الفئتان متساويتين في العددين أو متقاربتين، فإنه لا ينكر على المرخصين ويقَرّون على ما هم عليه، لأن ما فعلوه هو أنفع للجمهور وأصلح لهم. وينظر في الفئة الأخرى التي أغلت في الثمن. فإن قلنا بمنع التسعير، على أحد القولين، لم ينكر عليهم، أيضاً، ويبقى السوق

على ما هو عليه من اختلاف سعره. وإن قلنا بجواز التسعير حط هؤلاء مقدار ما يقتضيه التسعير عليهم لو انفردوا، ولا يلزمهم أن يرجعوا إلى ما باع به المرخصون.

وإن كان إحدى الفئتين كثيرة والأخرى قليلة، فإن كانت القليلة هي التي أرخصت، والكثيرة هم الذين أغلوا، فإنهم يُبْقُون الذين أرخصوا على ما هم عليه؛ وإن كان الذين أغلوا الفئة القليلة، مُنعوا من ذلك لما يؤدي إليه من اغترار الطارىء على السوق ممن لا يعرف الأسعار، فإذا ساومه هؤلاء بالسعر العالي اعتقد أن سائر أهل السوق يبيعون كبيعهم فصار يماكسهم على أن جميع أهل السوق على السعر الذي أخبره هؤلاء. فهذا ظاهر الروايات على هذا التفصيل. والذي ذكرنا عن ابن القصار حكاه قولاً مطلقاً، ومقتضاه على ظاهره، أنه إذا أرخص[1] الفئة القليلة منعوا من ذلك لما يلحق الجمهور من أهل السوق من الضرر ببوارسلعتهم، وأن أحداً لا يشتريها منهم وفي سوقهم من يبيع أرخص منهم. فيكون هذا التفت إلى مضرة أهل السوق خاصة دون منفعة العامة في الترخيص. وهذا الذي ذكرناه في من سوى الجالبين.

وأما الجالبون فقد ذكرنا أنهم لا يسعر/ عليهم، ولهم أن يبيعوا بديارهم أو بالسوق الأعظم. بخلاف المحتكر فإنه لا يمكّن من أن يبيع بداره بل يؤمر بإخراج الطعام إلى السوق الأعظم، لأن بيعه في الديار فيه ضرب من الإخفاء يؤدي إلى إعْزاز الطعام وغلائه. والجالب قد ذكرنا أنه ينبغي أن يلتفت إلى التوسعة عليه ليكثر جلبه إلى المدينة. ويخاف، متى ضُيّق عليه وحجر، ألاّ يجلب إلى المدينة شيئاً. فإن اختار الجلابون البيع بالسوق فقد ذكرنا أنهم لا يسعر عليهم.

ولكن إن اختلفوا، فباع قوم منهم بثمن غال، والآخرون بثمن رخيص، وتشاكوا ذلك إلى الإمام، فإنه يعود الحكم إلى ما قدمناه من التفصيل: هل الذي

---

(1) هكذا.

أغلى منهم هو الأقلّ فينهى عن ذلك لئلا يقرّ[1] الطارىء على السوق بأن يظن أن أهل السوق كلهم كذلك. وإن كان المرخصون منهم قليلاً لم يتعرض لهم، وأجري فيهم الحكم على ما فصلناه في بيع أهل البلد إذا احتكروا.

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه:

«ومنه تلقي السلع قبل أن تورد الأسواق[2]، فهذا ممنوع. إلا أنه لا يفسخ. ويُخَيَّرُ بقية أهل السوق في أن يشاركوا من ابتاع بالتلقي أو يتركوا له».

قال الشيخ رضي الله عنه: يتعلق بهذا الفصل ثلاثة أسئلة:

1 ـ أحدها أن يقال: ما الدليل على منع التلقي؟

2 ـ والثاني أن يقال: هل يفسخ بيع التلقي؟

3 ـ والثالث أن يقال: ما صفة التلقي؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

ذكر مالك في الموطأ: عن أبي الزناد عن الأعرج، عن أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال: «لا تتلقوا الركبان للبيع. ولا يبع بعضكم على بيع بعض. ولا تناجشوا. ولا يبع حاضر لبادٍ. ولا تصرّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردّها وصاعاً من تمر»[3].

وهذا الذي تضمنه هذا الحديث، وإن اشتمل على خمسة أنواع، فكلها ترجع إلى معنى واحد، وهو نفي الضرر عن الناس. والتصرية ليس تضر بمشتري المصراة[4] ولكنه من فعل البائع. والنجش تغرير أيضاً بالمشتري،

---

(1) في (و): يعدّ ـ وفي (م): يفر. ولعل الصواب: يُغَرّ.

(2) في الغاني: للأسواق.

(3) الموطأ: الحديث 1995.

(4) هكذا، ولعل الصواب: والتصرية تغرير تضر بمشتري المصراة.

ولكنه لم يباشره البائع، وإنما سأل من يزايد المشتري تغريراً. فنهى عن هذين لمصلحة الناس ونفي الضرر عنهم. وكذلك السوْم على سوم المسلم، فيه ضرر لمن يركن إليه البائع وأراد البيع منه. وكذلك بيع حاضر لباد، فيه مرفق بأهل الحواضر، يشترون ما يأتي به أهل البادية بثمن رخيص. وكذلك تلقي السلع، اختلف الناس في علته، فقال ابن الجهم من أصحابنا: كان النهي عن التلقي في أوّل الإسلام لئلا ينفرد المتلقي بالرخص دون أهل السوق، وأما الآن فلا يقدم أحد إلا وهو على بصيرة بسعر ما يقدم به، فينبغي أن يكره ولا يحرم. وأشار إلى كون العلة نفي الضرر عن أهل البلد الذي قصد الجالب بلدهم ليبيع منهم.

وأشار أبو حامد الإسفرائيني إلى هذه العلة، وأضاف إليها علة أخرى، وهي نفي الضرر عن الجالب بأن لا يغبنه المتلقي. وأشار إلى هذا بعض المتأخرين من الأشياخ.

وقد يهجس في النفس في هذا التعليل الذي هو النهي عن غبن الجالب، أنه يناقض النهي عن بيع حاضر لباد لكون النهي عن بيع حاضر لباد يشير فيه إلى تسهيل الطريق إلى غبن البادي؛/ ألا تراه قال «دعوا الناس، يرزق الله بعضهم من بعض». والنهي عن تلقي الجالب يشير فيه إلى حسم الطريق المؤدية إلى غبنه، ألا تراه يقول، في بعض طرق الحديث، في البائع: إن أتى السوق فهو بالخيار؛ يشير إلى إثبات حق له في رفع الغبن عنه. والانفصال عن هذا: أن التلقي ربما يكون من واحد لراكب واحد، فهما متساويان في الحرمة والغرر، فلم يحصل للمتلقي من الترجيح على الجالب ما يوجب تسهيل الطريق إلى غبن الجالب. وأما بيع حاضر لباد، فإن المنفعة في هذا النهي لا تختص بواحد، بل تعمّ أهل البلد الذين أتاهم البدوي، لكونهم يشترون منه برخص إذا لم يبع لهم سمسار يستقصي لهم الأسعار. وأيضاً فإن التلقي يصلح أن يعلل بعلتين، إحداهما النهي عن غبن الجالب؛ والثاني النهي عن مضرة أهل السوق، بأن ينفرد المتلقي بالربح دونهم. والنهي عن بيع حاضر لباد لا يصلح فيه إلا علة واحدة، وهي رفع الضرر عن أهل البلد في أن يستقصي السمسار للبدوي

الأسعار. على أنه قد ذكر في هذا أنه يمكن أن يكون النهي عن هذا المرادُ به ألا يغتر البدوي بما يقوله له السمسار، وإنما غرضه توفير الأثمان، وأن يبيع بثمن غال ليتوفّر جُعْله، فإن الأجعال ربما كانت بقدر الأثمان. وقد أشار المروزي إلى الجمع بين المسألتين، بأن النهي عن التلقي لنفي المضرة، والنهي عن بيع حاضر لباد لئلا يقع الاستقصاء من السمسار الحضري. فكأنه يرى أن المراد بالنهي عن بيع حاضر لباد ألا يبالغ في الاستقصاء، لا على أن البدوي مغبون.

وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة أنه يجوز التلقي للسلع إذا كان ذلك لا يضر بأهل البلد؛ لكون الأخبار تعارضت في هذا، فقال ابن عمر: كنا نتلقى الركبان نشتري منهم الطعام، فنهى النبي ﷺ أن نبيعه حتى ننقله إلى سوق الطعام. وهذا يشير إلى جواز التلقي. فيحمل ما في حديث ابن عمر أن التلقي حينئذ غير مضر. ويحمل حديث النهي عن التلقي على أنه كان مضراً لئلا تتعارض الأخبار وتتضادّ.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

هل يفسخ بيع التلقي أم لا؟ فالمشهور من المذهب أنه لا يفسخ. روي ذلك عن مالك وغيره من أصحابه. وذهب ابن المواز وابن حبيب إلى فسخه إذا كان قائماً. ولكنهما اختلفا في فسخه إذا غاب البائع.

فأشار ابن المواز إلى فسخه، فقال: يباع ذلك على الغائب. ومقتضى مذهبه أنه إذا بيع عليه كان الربح له والخسارة عليه، لكونه يراه كالبيع الفاسد، والبيع الفاسد، إذا بيعت السلعة على بائعها، كان له ربحها وعليه خسارتها.

ورأى ابن حبيب أنه إذا فات الفسخ بغيبة البائع، فإنها لا تنزع من يد المشتري إذا كان لم يعتد ذلك، وإن كان اعتادَه نزعت من يده، وبيعت، وأشرك أهل السوق في ربحها إذا شاؤوا، وإن لم يريدوا أخذها تركت له. وإن كانت السلعة لا سوق لها وقفت لسائر الناس وإن لم يوجد من يشتريها تركت له. فكأنه رأى

الفسخ ليس بمتفق عليه، فوجب ألا يثبت حكمه مع الفوات كما يثبت مع القيام.

وقد أشار ابن المواز إلى أن الفسخ إنما وجب عنده لكون النبي ﷺ قال: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو مردود»[1]. ولم يلتفت ابن المواز إلى كون النهي متعلقاً بحق المخلوقين خاصة، أو بحق الخالق. وقد كنا قدمنا نحن أن النهي إذا كان لحق المخلوقين/ لم يقتض الفسخ، كما دلّ عليه حديث المصراة، وأنه عليه السلام (نهى عن التصرية، وأشار إلى كون البيع لا يفسخ).

وإذا قلنا بالمذهب المشهور: أن بيع التلقي لا يفسخ، لكون الثمن والمثمون سالمين من الفساد، وإنما تعلق بالعقد نهي بمعنى آخر، فإن عن مالك روايتين: إحداهما أن السلعة لا تنزع من يد المتلقي/ وهي رواية ابن القاسم. والأخرى أنها تنزع من يده. وهي رواية ابن وهب.

فكأنه، في الرواية التي أبقاها في يده، رأى أن النهي لا يتسلط على رفع الملك، لكون الثمن والمثمون سالمين من الفساد. ورأى في الرواية الأخرى أنه، وإن لم يفسخ، فيلتفت إلى حق غير المتلقي في ما تلقاه، فيشاركون فيه المتلقي.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

الخروج إلى تلقي السلع الواردة على بلد يمنع منه أهل البلد، تلقوها عن مسافة قريبة أو عن مسافة بعيدة. لأن ما قدمناه من التعليل بنفي الضرر عن أهل البلد أو عن الجالب يتصور فيه هذا التلقي الذي تقرب فيه المسافة أو تبعد. هكذا ذكر ابن حبيب. وفي الموازية: من قدم بسلع على بلد، على أنه متى وجد في الطريق من يشتري منه باع، فإن هذا ينهى عن الشراء منه حتى يقدم المدينة التي قصد إليها، إلا أن يكون أراد أنه إذا مرّ بقرية مأمونة بها سوق، فإنه يبيع بها، فإنه لا يجوز لأهلها أن يشتروا منه. فكأنه اعتبر القصد الأول الذي هو المدينة التي أمّها أو سافر إليها، وما عرض له من الخاطر أنه يبيع في أثناء

(1) فتح القدير: 182/6 حديث: 8868.

الطريق لا يرفع كون المشتري منه بالطريق متلقياً للسلع.

وقد اختلف أيضاً في ما حول المدائن من جنات لها ثمار، هل يجوز لبعض أهل المدينة أن يخرج ليشتري منها ويبيع بالمدينة؟ فروى ابن القاسم عن مالك جواز ذلك. وروى عنه أشهب أنه من التلقي. قال أشهب: وليس عندي من التلقي. وهذا لأن التلقي للجالب ربما كان إضراراً به من غير منفعة، وها هنا ربما أضر بصاحب الملك منع الناس من الخروج إلى بستانه ليشتروا منه، لأنه قد يشق عليه حمل ثماره إلى المدينة وبيعها جملة. فمن الرفق به أن يباح الشراء منه وهو في بستانه. فكأن هذا، وإن أضر بأهل المدينة، ففي منع بعض أهلها من الشراء منه إضرار به أيضاً، فتقابل الضرران، فيقع الترجيح بينهما أيهما الأوْلى أن يعتبر.

والنهي عن التلقي يتصور وإن لم تحضر السلعة المبيعة حين العقد، بأن يتصل برجل خبر أنه يقدم عليه غداً أو بعده سلع اشتُريت له ليبيعها ببلده، فإنه يمنع من كان معه بالبلد أن يشتريها منه على الصفة قبل قدومها عليه. لأنه يتصور في هذا من مضرة أهل البلد وانفراد هذا بالربح ما يتصور في التلقي[1] خارج المدينة. ولو وصلت السلعة ومالكها لم يصل فإن بعض المتأخرين قال: ينبغي أن ينهى عن الخروج إليه ليبيعها قبل أن يدخل المدينة؛ لما يتصور في هذا أيضاً من انفراد المتلقي بربح هذه السلع التي وصلت إلى المدينة وصاحبها لم يصل.

وإذا كان قُرًى، بقرب المدينة أو ببعد منها، فإنهم يمنعون من شراء سلع من مر بهم قاصداً إلى المدينة، إذا قصدوا بما يشترونه منه التجارة. ويباح لهم أن يشتروا منه أقواتهم وما يحتاجون إليه من أضاحي وملابس وما في معنى ذلك.

وأما من حاول شراء ما دخل المدينة إذا مرّ بباب داره، فإنه إن كان لما

(1) في (و): المتلقي.

يحاول/ شراءه سوق معلوم، نهي عن الشراء. وإن لم يكن له سوق معلوم، جاز له ولغيرِهِ من سكان المدينة شراء ما مرّ بديارهم، أو لَقَوْهُ في سكك المدينة وطرقها.

ولو وصلت سفن بطعام إلى الساحل، وكان ذلك منتهى سفرهم، فإنه يسوغ لأهل المدينة أن يخرجوا للشراء منهم، لأنهم إن منعوا من الخروج بارت السلع التي بالسفن، فلا يلزم[1] أهل السفن إحداث سفر آخر، فقد يشق عليهم. وهذا أيضاً في ما كنا قدمناه من الخروج إلى شراء ما حول المدينة من الثمار.

وذكر أبو حامد الإسفرائيني أن من خزج لضيعته فإنه إذا لقي سلعة، فهل يجوز له شراؤها لكونه لم يخرج قاصداً للتلقي والإضرار، أو[2] يمنع من ذلك لعموم النهي عن تلقي السلع.

وذكر أنه إذا وقع بيعُ التلقي فإن البائع إذا قدم فظهر أنه مغبون، كان له الخيار في فسخه بيعه وإن لم يكن مغبوناً فيه عندهم وجهان. وهذا الذي أثبتوه من الخيار صاروا إليه بما وقع في بعض طرق الحديث من إثبات الخيار للبائع إذا أتى السوق. فمن حمله على عمومه أثبت له، غُبِنَ أو لم يغبن.

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه، في فصل ذكر فيه ما يُرجع لفساد العقد فيه إلى الحال التي وقع فيها العقد فقال: ومنه بيع الحاضر للبادي.

قال الشيخ رضي الله عنه: يتعلق بهذا الفصل ثلاثة أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ ما الدليل على منع بيع حاضر لباد؟

2 ـ وما شروط المنع؟

3 ـ وهل يفسخ هذا البيع أم لا؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

---

(1) هكذا. ولعل الصواب: فيلزم.

(2) ساقطة في (هـ).

قد اشتمل الحديث الأول على فصول، تكلمنا منها على التصرية، وعلى التلقي. وفي هذا الحديث نهيه عليه السلام عن بيع حاضر لباد.

وقال العلماء: إن وجه المصلحة في ذلك النظر لأهل الحاضرة على أهل البادية، لكون الحواضر مجتمع الخلق الكثير، ومواضع الأئمة والقضاة والعلماء، فلهم من الحرمة ما ليس لمن هو دونهم في هذه الأوصاف، كأهل البوادي التي الغالب فيها قلة الناس، وعدم الأئمة. وأيضاً فإن الأكثر في أموال أهل البوادي، الذي يأتون به الحواضر ليبيعونه، غلات من أشجار تخلف ما باعوه، وتؤتي أكلها كل حين، ومواش يتكرر اغتلال ألبانها وأصوافها فبالشراء منهم برخص لا يضرهم، كما يضر أهل الحواضر الشراء بثمن غال لأنهم إنما يتجرون بأموال لا يخلف ما فقد منها إلا بتجْر وسعي وطلب أرباح، ومع السعي قد لا يحصل الربح. فاقتضى هذا طلب الاسترخاص في أموال أهل البوادي. وذلك إنما يحصل إذا باشروا البيع بأنفسهم. وأما إذا باع السمسار الحضري فهو لا يغبن لمعرفته بالأسعار وطرق المماكسة.

وهذا التعليل الذي ذكروه يقتضي تخصيص الحديث على حسب ما خصصه به مالك رضي الله عنه، فإنه أشار في الموطأ وغيره إلى أن الحديث محمول على الأعراب، أهل العمود، الذين يجهلون الأسعار. فصار هذا كتخصيص عموم بعلة استُنبطت منه. وهذا مما يقدح فيه بعض الأصوليين ويمنع من تخصيص عموم بعلة منه، لأن ذلك كفرع يناقض أصله، وإذا ناقض الفرع أصله لم يتمسك إلا بالأصل دون الفرع. ولأجل هذا الذي نبهنا عليه أشار مالك في رواية أخرى إلى حمل الحديث على عمومه. فقال في الموازية: أما أهل القرى الذين يشبهون البوادي، فلا يبيع لهم الحاضر ولا يشير عليهم. وإذا كان[1] وفيما بعد ذلك بالصحراء على الميلين من القرية، فلا/ يبيع لهم الحاضر، كانوا يعلمون السعر أو لا يعلمونه.

---

(1) كلام غامض، والأقرب أن يكون: ما لو بيع بالقُرى.

فأشار إلى تطلب التسمية، وهو كون القرية تشبه البادية ويسمى أهلها بوادي. فإذا حصلت التسمية حمل لفظ الحديث على العموم، غير ملتفت إلى كون هؤلاء يعلمون السعر أو لا يعلمونه.

فالمذهب الأول أخرج من التسمية بعض ما تشتمل عليه. والمذهب الثاني نظر في مطابقة التسمية، ولم يزد عليها ولم ينقص منها. لكنه روى عنه في الموازية أنه لا يبيع مدني لمصري ولا مصري لمدني.

وقال في العتبية: أرجو أن يكون خفيفاً.

وهذا الاختلاف في أهل المدائن، إن حملناه على ظاهره وعموم لفظه، اقتضى منع بيع أهل المدائن بعضهم لبعض، كان الوارد على أهل المدينة عالماً بسعرها أوْ لا. ولكن هذا لا يصح لكونه إن كان عالماً بسعر المدينة التي ورد عليها لم يمكن غبنه ولا أن يسترخص منه. والمعنى المشار إليه في الحديث معدوم في هذا، والتسمية أيضاً معدومة، فلا يمكن حمل ذلك على أهل مدينة يعلمون سعر المدينة التي وردوا عليها، لا من ناحية لفظ الحديث لكون هذا الوارد لا يسمى بدوياً، ولا من جهة معناه وتأويله لكونه لا يمكن غبنه مع معرفته بالقيمة والأسعار. ولكن إذا كان يجهل السعر، فها هنا قد يحسن حمل اختلاف هاتين الرواتين عليه. لأن من طلب اللفظ فإنه مفقود ها هنا في المدني لكونه لا يسمى بدوياً، فلا يمنع الحاضر أن يبيع له، وإن طلبنا المعنى، وهو الاسترخاص، فها هنا قد يحسن الخلاف، لأن المدني إذا ورد على مدينة، وهو جاهل بأسعارها، أمكن غبنه، وانتفع أهل المدينة بوروده عليهم، مع كونه في الغالب يربح في ما أتى به، فلم يمنع استرخاصه.

وقد يقال: إن المدني إذا ورد من مكان مجمع الأئمة والعلماء والكثرة، فله من الحرمة ولأهل مدينته مثل المدينة التي وَفد عليها، فيجوز أن يبيع له من يمنع من غبنه.

فأنت ترى كيف هذا الاضطراب في المذهب! تارة طلب المعنى مع

حصول اللفظ، وإن نقص من اللفظ بعض ما اشتمل عليه، وتارة طلب المعنى وإن زاد على اللفظ ما يشتمل في اللغة عليه، كإحدى الروايتين في منع أن يبيع مدني لمدني، والمدني لا ينطلق عليه تسمية باد؛ وتارة طلب التسمية خاصة، كما نبهناك عليه. وهذا هو سرّ هذه الروايات عندي، ومحصولها من ناحية الفقه ومن ناحية الأصول.

وإذا تقرر منع بيع حاضر لباد فإن مالكا قال: ولا يشار على البادي فأجرى مشورة الحاضر على البادي مجرى بيعه له لأن المشورة عليه تقوم له مقام السمسرة له والنيابة عنه في البيع. وقد كره أيضاً أن يخبر الحضري البادي بالأسعار. وهذا المعنى الذي ذكرناه، وإخباره بالسعر كالمشورة، والمشورة كالبيع. قال ابن المواز: هذا في ما أتوا به للبيع.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

قال أبو حامد الإسفرائيني: يمنع بيع الحاضر للبادي بأربعة شروط: أحدها: أن يريد البادي البيع. والثاني: أن يريد البيع قبل أن يخرج. والثالث: أن يكون الحاضر هو السائل له في أن يبيع له. والرابع: أن يكون البلد يضرّ به ألاّ تباع تلك السلعة التي أتى بها البادي فيه. والشروط الثلاثة المتقدمة إذا فقدت لم يمنع البيع. وأما الشرط الرابع: أن يكون البلد يضرّ به ألاّ تباع تلك/ السلعة فيه، فإنه إن كان البلد بعكس ذلك، ففيه وجهان: المنع لعموم الحديث، والجواز لفقد الضرر، وهو المراد في الشرع والمعتبر، وهو الذي أشار إليه في الشرط الرابع. وهو نوع مما أشرنا إليه في تخصيص العموم بتعليل استنبط منه؛ أو المنع من ذلك لأنه كفرع يعود بإبطال أصله. فهو ها هنا مشاهد لنا في ما كشفناه لك من سر المذهب في تخصيص اللفظ بتعليل استنبط منه، أو إجرائه على عمومه.

وأما اشتراط كون السمسار هو السائل للبدوي في البيع، فإن هذا يبعد

على أصل مذهبنا، لا من جهة أخذ الحديث ولا من جهة طلب تعليله، فإن الاسترخاص يحصل إذا لم يتولّ الحضري البيع للبدوي، غير ملتفت في هذا إلى كون بيع الحضري وقع لسؤال البدوي له، أو لسؤاله هو للبدوي.

وأيضاً فإنه إذا اشتهر عند البدو جواز البيع إذا سألهم أهل البدو، ومنعه إذا كانوا هم السائلين لأهل البدو. وعاد كل من قدم من أهل البدو يسألون السماسرة فتفسد هذه المصلحة التي اعتبرها الشرع.

فنحو هذا عندي يرد على الأبهري في مسألة أخرى. وذلك أن المعروف من مذهب مالك وأصحابه أن الحضري يمنع أن يبيع للبدوي ما أتاه به بنفسه، أو ما أرسله إليه مع رسوله. وحكى القزويني عن الأبهري أنه يقصر النهي على ما أتى به البدوي بنفسه. وأما ما بعثه مع رسوله فإنه يجوز للحضريّ أن يبيعه.

وهذا لا وجه له لكون الحديث وتعليله يقتضي المساواة بين ما أتى به البدوي بنفسه، وما أرسله إلى الحضري. مع كون هذا إذا اشتهر عاد أهل البدو يرسلون ما يبيعونه، حذراً من أن يغبنوا، فتفسد المصلحة. وهذا كما قيل في الانتصار عندنا لأحد[1] الصناع: إنهم إذا اشترطوا ألاّ ضمان عليهم في ما يصنعونه، فإن الشرط لا ينفعهم، لأنهم لو نفعهم لاشترطه كل صانع فتفسد المصلحة التي لأجلها ضمن الصانع.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

إذا تقرر هذا، ووقع البيع، فهل يفسخ أم لا؟ الظاهر من المذهب عن مالك وغيره من أصحابه أنه يفسخ. لأنه عندهم بيع محرم. والنهي عن الشيء على جهة التحريم له يقتضي فساده. وقال ابن عبد الحكم: إنه لا يفسخ.

وقد تقدم، في ما سلف لنا مراراً، التنبيه على هذا الأصل. وذكرنا خلاف أهل الأصول فيه، والتفات بعضهم إلى كون النهي يرجع إلى حق الخالق، فيدل على فساد المنهي عنه، أو يرجع إلى حق المخلوق، فلا يدل على فساد العقد،

(1) هكذا. لعله لضمان.

كما اقتضاه النهي الوارد عن التصرية، فإنه، مَع نهيه عنها، أشار إلى منع فساد العقد وفسخه. ووقفت، لابن الجهم في شرحه مختصر ابن عبد الحكم، على كون هذا البيع مكروهاً. والإشارة إلى منع كونه محرماً ما يذكر فيه وفي التلقي أن هذا إنما كان في أول الإسلام، وأما الآن فلا يَرِد جالب إلا على بصيرة من الأسعار، فينبغي أن يكرهَ التلقي وبيع حاضر لباد. وأما التحريم فلا يجوز، ولو وقع البيع فيهما لمضى[1]. وهذا على أصله في كون هذين مكروهين يتضح فيه معنى الفسخ.

وقد أشار الشيخ أبو محمد بن أبي زيد إلى اختيار أحد القولين في التلقي، وهو الفسخ لكونه إذا فسخ حصل لأهل السوق المنفعة بما فسخنا التلقي فيه.

وأما بيع حاضر لباد فلا يفيدهم الفسخ لأن البدوي لما باع له السمسار عرف السعر فهو لا يمكن/ غبنه. وإذا كانت العلة في الحديث طلب الاسترخاص منه، وهو ها هنا يتعذر لعلمه بالسعر الذي باع له به الحضري، لم تكن فائدة في الفسخ.

وإذا قلنا بمنع الفسخ فإنه لا بدّ من زجر الحاضر الذي باع للبادي. فأما ابن وهب فإنه اقتصر على زجره. وأما ابن القاسم فإنه قال: يؤدب.

وهذا اختلاف منهما في مقدار الاجتهاد في إنكار هذا الفعل، وإن قلنا بالكراهة، كما قال ابن الجهم، حسن ما قال ابن وهب من الاقتصار على الزجر دون إيقاع الأدب.

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه: وأما ما يرجع إلى الحال، كبيع الإنسان على بيع أخيه الذي ركن إليه وقرب اتفاقهما، فإن العقد يفسخ، على نحو ما ذكرنا في النكاح.

قال الشيخ رضي الله عنه: يتعلق بهذا الفصل ثلاثة أسئلة.

1 ـ أحدها أن يقال: ما الدليل على المنع من دخول سوم على سوم؟.

---

(1) هكذا، ولعل الصواب إضافة (من).

2 ـ وهل النهي عامّ للمسلم والذمي أم لا؟

3 ـ وهل يفسخ هذا البيع إن وقع؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

ذكر مالك في الموطأ وغيره من أصحاب الصحاح أنه ﷺ قال: لا يبع بعضكم على بيع بعض[1]. وروي ذلك عن ابن عمر وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ، على حسب ما تقدم إيراده في الحديث عن أبي هريرة مَذْكُورٌ هذا النهي مع النهي عن أنواع غيره. وعن ابن عمر مذكور النهي عن هذا خاصة. وهذا راجع إلى ما تقدم من النظر في مصلحة الخلق ونفي الضرر عنهم. وفسره مالك بأن المراد به النهي عن أن يسوم أحد على سوم أحد تقدمه إذا كان البائع ركن إلى السائم الأول ومال إلى البيع منه. وأشار إلى الاستدلال على هذا الركون والميل بأن يأخذوا في ذكر وزن الذهب، وتبري البائع من العيوب، إلى غير ذلك مما في معناه من الدلالة على الركون من البائع إلى المشتري. فإذا حصل التراكن صار السائم آخِراً مفسداً على الأول، ومضرًّا به.

ومبنى هذه الأصول، التي قدمناها، على المصلحة ونفي الضرر. وقد كنا أشرنا إلى أن التلقي للركبان، وإن كان التلقي إنما يحصل بين رجلين الجالب ومن يلقاه ليشتري منه، فإنه ينضاف إلى هذا الإضرارُ بأهل السوق، فتأكَّدَ المَنعُ. وها هنا يقع الإضرار بالسائم أوَّلاً خاصة. والإضرار يُمنع منه، وينهى رجل أن يضر رجلاً وقد تعلق للسائم أوَّلاً حق بهذا المبيع حتى لم يبْقَ بينه وبين صحة ملكه إلا العقد، فينبغي أن يُمنع السائم الثاني من إبطال ما صار لهذا من حق، لكونه الغالبُ في حالِهِ حصولُ الملك له، كما منع المريض من هبة سائر ماله لِمَا تعلق للوارث به من حق، لكون الغالب أنه يصير إليه عن قرب إذا وقع الموت من المرض الذي وقعت الوصية فيه.

وخص مالك هذا النهي بحصول التراكن، وإن كان الحديث عاماً لم

---

(1) تقدم تخريجه.

يشترط فيه التراكن لأجل أن النبي ﷺ نهى أن يخطب أحد على خِطبة أخيه. فورد أيضاً هذا الحديث عاماً، ولكنه خص بالحديث الآخر، لما أُخبر ﷺ بخِطبة أبي جهم ومعاوية. فقال: أما معاوية فصعلوك لاَ مال له، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، أنكحي أسامة. فلم يذكر نكيراً على الثاني من الخاطبين المذكورين، فأشار بثالث، مع إعلامه بأنه قد تقدم قبله خاطبان. فاقتضى هذا بناءَ الحديثين أحدهما على الآخر، فيحمل حديث هذين الخاطبين/ على أنها لم تركن إلى واحد منهما، ويخص به عموم قوله: لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه. الحديث. . . فكذلك[1] في سوم الإنسان على سوم تقدمه، يحمل النهي على حصول التراكن. وأيضاً فإن مالكاً استدل في الموطأ على هذا التخصيص بأن ذكر أنه لو مَنَع مجرد السوم من غير تراكن من سوم رجلٌ آخر، لأخذت أموال الناس بشبه الباطل من الثمن، ولم يشأ أحد أن يمنع آخر من بيع سلعته إلا ساومه فيها. وهذا عكس ما ورد به الشرع من النظر في مصلحة الناس وصيانة أموالهم عليهم. وقد حمل مالك وغيره من العلماء الحديث أيضاً على أن المراد به أن لا يسوم أحد على سوم مشتر، مع كون الحديث ورد بلفظ البيع. لكنهم ذهبوا إلى أن البيع في اللغة يطلق على الشراء وقد قال تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍۭ بَخْسٍ دَرَٰهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾[2] وقال عز وجل: ﴿وَلَبِئْسَ مَا شَرَوْاْ بِهِۦٓ أَنفُسَهُمْ﴾[3] والمراد من هاتين الآيتين ما باعوا به. فأشعر هذا بكون اللفظتين تنوب إحداهما عن الأخرى. لكن حمل بعت على اشتريت ذكر عن أهل اللغة. وأنشدوا في هذا:

ويأتيك بالأنباء من لم تبع له بتاتاً ولم تضرب له وقت موعد[4]

وأنشدوا أيضاً:

---

(1) بياض في (و) مقدار كلمة. وهي في المدنية: يطعن. ولعل الصواب: النهي.
(2) سورة يوسف، الآية: 20.
(3) سورة البقرة، الآية: 102.
(4) من أواخر معلقة طرفة بن العبد. أنظر: أبو عبيد: الغريب: 624.

وبعت لذبيان العلاء بمَالَكا[1]

والمراد في هذين البيتين اشتريت. ولو سلمنا أن اللغة وردت بأن بعت يطلق على اشتريت فإن هذا لا يقتضي حمل قوله: لا يبع بعضكم على بيع بعض. على ألا يشتري بعضكم على شراء بعض، لأنه قصر على أحد المحتملين بغير دليل. ولهذا أشار أبو عبيد لما حكى عن أبي[2] عبيدة وأبي زيد أنهما ذكرا: أن بعت يكون بمعنى اشتريت، أن الجواب عنه يكون بتخصيصه بالعادة، لأن المعروف أنه لا يقع سوم بائع على سوم بائع آخر[3]. .

وقد أشار ابن حبيب إلى أن الحديث إنما الخطاب فيه للمشتري لا للبائع. وأشار بعض المتأخرين إلى أنه إنما أراد ما أراده أبو عبيد من حمل الحديث على السوم في الشراء لا على سوم بائع على بائع لكون الاسترخاص مستحبًّا في الشرع. وقد ذكر ابن حبيب أنه وردت به آثار ورغايب.

وإذا سام بائع سلعة وأتى بائع آخر فعرض مثلها على المشتري بأرخص منها صار هذا كالمستحب لاستحباب الرخْص، وهو متأول هذا على أن الحديث يحمل على ظاهره من كونه نهياً أن يسوم بائع على بائع، إذا لم يرد السائم الثاني الاسترخاص. فكأن أبا عبيدة حمله على أحد محمليه بمقتضى العوائد، وحمله ابن حبيب على أحد محمليه أيضاً لكون الشرع استحب الاسترخاص. وهذا إنما يتصور في حق بائع على بائع لا في حق مشترٍ على مشترٍ. والغالب في سوم بائع على بائع كون الثاني يعرض سلعته بأرخص مما عرضها به الأول. وأبقاه بعض المتأخرين على أظهر محمليه: وهو أن لا يسوم بائع على سوم بائع، ولكنه

(1) عجز بيت، صدره: وباع بنيه بعضهم بخسارة. رواه أبو عبيد ونسبه للحطيئة. المرجع السابق.
(2) انظر غريب الحديث لأبي عبيد. ج2/3، 4. قارن: الغريب له: 624. حيث ذكر الاصمعي عوض أبي عُبيدة.
(3) انظر غريب الحديث له: الاحالة السابقة. قارن الغريب له، حيث لم يذكر هذا الجواب - الغريب: الاحالة السابقة.

شرط أن لا يكون أراد الثاني الاسترخاص. هذا إذا حملنا كلام ابن حبيب على ما أراده أبو عبيد، ولم يحمله على أنه أراد أن الخطاب في هذا للمشتري لا للبائع في أن البائع لا يتعلق به حرج إذا باع من السائم الثاني، وإنما يتعلق الحرج بالسائم الأول.

وذكر أبو حامد الإسفرائيني: أن الحديث يحمل على البائع والمشتري، ولكنه أبقى اللفظ على ظاهره في العرف، فقال: معنى النهي أن يعقد البيع على خيار المجلس كما اقتضاه الحديث الوارد بثبوت خيار/ المجلس، فيأتي رجل آخر فيقول للمشتري: أنا أبيعك بأرخص. وكذلك لو أتى مشتر آخر فزاد على المشتري الأول. قال: وأما السوم فإنه إن لم يقع تراكن فلا حرج فيه، وإن وقع التراكن ووكل البائع على العقد فالسوم يحرم على الثاني. وإن وقع التراكن ولم يوكل البائع على العقد ففيه قولان.

وهذا النّهيْ أشار ابن حبيب إِلَى قصْره على بيع المساومة لا على بيع المزايدة. ألا ترى أن السلطان يبيع على الميت والمفلس، فيستوجب البيع من اشترى منه ويتأنى السلطان ثلاثة أيام رجاء أن يأتي من يزيده في الثمن. وإن لم يقف عن هذا لكون من يأتيه ساوم على سوم أخيه المسلم، لكون هذا البيع إنما وقع على طلب الزائد، وعليه بني أول مرة. وإذا باع عقار المفلس وأشهره فنادى عليه الشهرين والثلاث، بأن يذكر صفته ونعته ويسميه، ثم يعقد ذلك فإنه يتأنى ثلاثة أيام أيضاً طلباً للزيادة. ووصف بيع المساومة بأنه يقف الإنسان سلعته بمكان أو بحانوته منتظراً من يأتيه يساومه فيها. فهذا يمنع السائم الثاني أن يدخل على السائم الأول إذا ركن البائع إليه، وإذا فارقه الأول قبل أن يستوجب أو رد سومه عليه فإنه إذا عاد إليه لم يلزمه البائع السوم الأول. وبيع المزايدة بأن يطوف بسلعته على من يزيده فيها، وأن هذا يسوغ فيه دخول زيادة على زيادة. فإذا فارق البائع من أعطاه أوَّلاً ثمناً معلوماً ولم يوجب له البيعَ، ثم عاد إليه فإنه يلزم البيع الذي فارقه قبل أن يعقدهُ على نفسه. وهذا الذي أشار إليه من افتراق حكم المساومة والمزايدة، في كون المشتري يلزمه بعد الافتراق ما أعطى من ثمن، ولا يلزمه في بيع المساومة، لا وجه له إلا الرجوع في ذلك إلى

مقتضى العوائد، لأن الذي يعطي ثمناً إن شرط أنه إنما يلتزم الشراء به في الحال قبل أن يفارقه البائع، فإنه لا يختلف في أن البيع لا يلزمه، لا في بيع المساومة ولا في بيع المزايدة. وإن شرط أن البائع يُلزمه، ويكون الخيار للبائع بأن يعرضها على غيره أمراً معلوماً أو في حكم المعلوم، فإنه لا يختلف أيضاً في أن البيع يلزم المشتري إذا عاد إليه البائع.

فإذا تقرر أن لا يختلف في القسمين مع التصريح بهما، فإنهما إذا افترقا مع إطلاق اللفظ من غير تقييد شرط الاختلاف المفهوم عن المتساومين في حكم العوائد، هل افترقا على التزام المشتري أو غير التزامه؟.

وإلى هذا أشار ابن حبيب، لأنه ذكر أن هذا إنما لزم في بيع المزايدة بعد الافتراق لأجل أن المشتري إنما فارقه البائع على كونه استوجب المبيع.

وإنما نبهت على هذا لأنه ألزم بعض القضاة أهل السوق في أسواق البلد في بيع المزايدة الثمن الذي يُعطَونه بعد مفارقة البائع لهم ثم يعود إليهم. فكانت عادتهم أنهم إذا افترقوا من البائع افترقوا على غير إيجاب منه ولا منهم، اغتراراً بظاهر ما حكاه ابن حبيب وحكاه غيره. فنهيته عن هذا ورددته عن إلزامهم البيع لأجل مقتضى عوائدهم. ونبهته على ما أشار إليه ابن حبيب من التعليل الذي بسطناه ها هنا. وقد تكلمنا على حكم بيع المزايدة في كتاب المرابحة، وقسمنا البيع على ثلاثة أقسام بما يغني عن إعادتها هنا.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

إذا تقرر منع السوم مع ركون البائع/ إلى السائم الأول، فإنه لا يفترق حكم السائم الأول في أن يكون مسلماً أو ذمياً. إلى هذا ذهب بعض فقهاء الأمصار. وذهب الأوزاعي إلى أنه يجوز ذلك إذا كان السائم الأول ذمياً. وقصر النهي على كون السائم الأول مسلماً اغتراراً منه بقوله في الحديث «لا يسم أحدكم على سوم أخيه» فالمراد أُخوة الدين. واليهودي والنصراني ليسا بأخوين للمسلم في الدين. ولم ير الفقهاء أن المراد بذكر الأخ ها هنا اشتراط الدين، وإنما هو تنبيه على تأكد قبح الضرر بين أخوين، كما يقبح ذلك بين أخوين في

النسب، فذكر ها هنا تهجيناً لهذا الفعل وتقبيحاً له. وقد تقرّر في الشرع أن الحكم بين ذمي ومسلم كالحكم بين مسلميْن. وتقرر أيضاً في الشرع المنع من ضرر المسلم للذمي.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

إذا وضح أحكام دخول سوم على سوم مع حصول التراكن، فإن وقع البيع على هذا من السائم الثاني فقال مالك: يستغفر الله هذا السائم الثاني ويعرضها على السائم الأول، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك. وإلى هذا أشار ابن القاسم فقال: إن البيع لا يفسخ ويؤدب فاعل هذا. وقال غيره: يفسخ. فإن قلنا بأن لا يفسخ العقد وأمرنا المشتري أن يعرضها على السائم الأول، وكان قد أنفق فيها نفقة، فإن كانت النفقة زادت فيها عرضها على الأول بالثمن الذي بذل فيها، وبما أنفق فيها. وإن نقصتها النفقة عرضها بالثمن الأول خاصة. والخلاف الذي ذكرناه ها هنا في فسخ هذا البيع قد تقدم توجيهه في التلقي وبيع حاضر لباد.

قال القاضي رضي الله عنه: ومنه بيع النجَش. وهو أن يزيد التاجر في ثمن السلعة ليغر غيره لا لحاجة منه إليها.

قال الشيخ رضي الله عنه: قد تقدم كلامنا على النجش فيما سلف، وأشرنا إليه هاهنا لكونه مما اشتمل عليه وعلى غيره حديث واحد، تكلمنا على جميع فصوله لكون المعنى فيها واحداً كما نبهنا عليه. فقال أهل اللغة: النجش الإثارة، ومنه سمي الصائد ناجشاً لكونه يثير الصيد بما يفعله من التحيل على إثارته ليحصل في يديه، فكذلك الناجش هو الذي يزيد في سلعة ليقتدي به غيره، فكأنه يثير رغبة رجل في شرائها بالزيادة فيها. وهذا قد تقدم ذكر الخلاف في فسخ هذا البيع إذا وقع، وأن المشهور في المذهب أنه لا يفسخ، لكونه كالتدليس، كبيع التصرية. وحكى القزويني عن مالك أن البيع مفسوخ للنهي الوارد عن النجش، والنهي يدل على فساد المنهي عنه.. وهكذا قال ابن الجهم: إن الشافعي قال: إنه عاص والبيع نافذ. ورد عليه أيضاً بكون النهي يدل على فساد المنهي عنه لقوله عليه السلام: (من أحدث في ديننا ما ليس منه فهو

رد)[1]. وكون النهي خارجاً عن معنى في البيع لا يمنع من فسخ العقد كالنكاح في العدة والإحرام. إلى هذا أشار القزويني وابن الجهم. فإذا قلنا بأنه لا يفسخ، فلأنّ المشتري بالخيار، إذا كان الناجش سأله البائع في أن يزيد ليغتر به هذا المشتري، بين أن يتمسك بالثمن الذي بذل أو يفسخه ويرد السلعة على بائعها إن كانت قائمة، أو قيمتها، إن فاتت، بدل عيْنها.

وذكر ابن حبيب أن للمشتري هذا الخيار إذا كان الذي زاد، ليَغُرّه، من ناحية البائع كعبده وولده، وإن لم يكن البائع أمر بذلك. وكأنه رأى أن/ من كان من ناحية البائع لا يصدق البائع في أنه لم يأمره.

وأما إن كان أجنبياً ليس من ناحية البائع، فالبيع لازم للمشتري، وقد باء بالإثم هذا الذي زاد ليغر غيره، والبائع لا إثم عليه لكونه لم يأمر بهذا، والمشتري قد رضي به بالثمن؛ ولو شاء لتثبت واستشار من يعرف القيمة ووجه الصلاح في الشراء. ولو كان التغرير بالزيادة من جهة البائع لكان للمشتري مقال في رد البيع، مثل أن يقول البائع للمشتري: اشتريت هذه السلعة بمائة، فاغتر المشتري بقوله، ثم ثبت بالبينة أو الإقرار أن البائع إنما اشتراها بتسعين، فإن المشتري لا يلزمه ما بذله لكون البائع غره في هذا. وتغريره يوجب كون المشتري مستحقاً لرد سلعته عليه إذا شاء. ولا يقتصر في هذا على قول البائع الأول: أنما بعتها منه بتسعين، لأن المشتري صدقه فيما قال، ولو شاء لتثبت حتى يعلم صدقه أو كذبه. وقد روي في الحديث «غُبن المسترشد ظلم»[2]. وذلك بأن يشتري المشتري أمة بقول البائع: إن قيمتها كذا أو بعتها بكذا، فإن هذا لا يحل فيه الغبن ولا يختلف فيه. وإنما اختلف في الغبن الفاحش إذا لم يقع فيه من المشتري استرشاد واستسلام للبائع. وذكر ابن حبيب أنه لا خيار للمغبون، ولو كان الغبن كثيراً، إذا لم يسترشد ويستسلم المشتري للبائع. وقد تقدم كلامنا على هذا الفصل في موضعه.

---

(1) اللؤلؤ والمرجان حد: 1120.

(2) فيض القدير: 3/575، 5757.

ومما يلحق بهذا النوع: البائع يقول للمشتري: إني اشتريت السلعة بمائة، وصدق فيها، لكنه اشتراها من مدة طويلة يتغير في مثلها السوق، فإن هذا أيضاً مما لا يجوز للبائع لكونه قد غرّ المشتري بهذا القول. وإنما يجوز له هذا إذا صدق فيما قال، وكان الشراء مُنْذ زمن قريب.

ومما يلحق بهذا أيضاً ما سئل عنه مالك في ثلاثة أشراك في سلعة أرادوا التفاصل فيها، فقال واحد منهم للآخر: اخرج منها إذا وقعت المقاولة ليقتدي بك الثالث فيخرج منها، وتخلص لي، فتكون بيني وبينك نصفين. فنهى مالك عن هذا، ورأى أن هذا تغرير وتدليس على الثالث الذي تواطآ عليه، فصار في معنى النجش.

ورأى أصبغ وابن حبيب أن هذا لا حرج فيه، بخلاف النجش، لأن قصارى ما في هذا سكوت أحد المتواطئيْن عن الزيادة وامتناعه منها ليبيع الثالث الذي لم يواطِئْهما برخص[1]. ومن سكت عن المزايدة ليسترخص المبيع فليس بناجش.

ومما يلحق بهذا أن المريد لشراء سلعة لا يسوغ له أن يسأل الجماعة الذين يشترونها ألاّ يُزَايِدوهُ فيها، وأن هذا إضرار ببائعها، والضرر لا يحل. لكن لو سأل رجلاً واحداً لساغ ذلك له، لكون الضرر بالواحد لا يحصل. وإنما يجوز سؤاله لواحد على أن يترك ذلك تفضلاً. وأما لو قال له: لا تزد عليّ ولك نصفها، فإن هذه دلسة لا تجوز، كما حكينا عن مالك في مسألة الإشْراك لثلاثة في السلعة، وأن أحدهم إنما ترك الزيادة ليشارك في السلعة، فصار ذلك كالدلسة على الشريك.

ومما يلحق بهذا مدح السلعة وذمها، فإن ذلك ربما أوقع في الدلسة، ويؤثم فاعله، ولكنه لا يوجب للمشتري مقالاً في فسخ البيع، لأن هذا ليس بنفس الدلسة، وإنما يخاف أن يقع فيها. وكذلك اليمين في عقد البيع فإنه منهي عنه. وروي أنه يمحق البركة. وذكر ابن حبيب استحباب الترخيص في البيع/

---

(1) ساقطة في ـ و ـ.

والشراء والمسامحة وحسن الاقتضاء للثمن؛ فإنه وردت بذلك الآثار. وذكر أيضاً ورود الأثر بأن السوم إنما يكون من البائع. وقد ذكرنا نحن في كتاب المعلم ما قاله بعض أهل العلم في قوله عليه السلام لبني النجار لما أراد النبي ﷺ أن يبني مسجدهم: ثامنوني في حائطكم[1]. واستدلاله بهذا على من يكون السوم منه[2].

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه: وبيع الثمار على رؤوس النخل جائز. وإن استُثْنِيَ بعضها فعلى وجهين: إن كان جزافاً جاز على الإطلاق في القليل والكثير، وإن كان كيلاً جاز في الثلث فدونه. واستثناء الجلد والسّوَاقِطِ في الشاة المبيعة جائز بحيث تقل قيمتها ويخف خطرها، ولا يجوز إذا كان لقيمتها بال.

قال الشيخ الإمام رضي الله عنه: يتعلق بهذا الفصل ثلاثة أسئلة، منها أن يقال:

1 ـ ما أقسام الاستثناء؟

2 ـ وما الذي يجوز منه أو يمنع في إستثناء بعض المنافع؟

3 ـ وما الذي يجوز منه أو يمنع في استثناء بعض الرقبة؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

أما الاستثناء، فقد ذكرنا ما قيل فيه من الحدود فيما أمليناه في كتاب الأصول. والغرض ها هنا بيان ما يقع من الاستثناءات في المبيعات. وهو يقع على وجهين:

أحدهما استثناء بعض منافع المبيع. والآخر استثناء أجزاء ذات المبيع. والاستثناء لبعض المنافع قد يكون قليلاً وكثيراً. والاستثناء لبعض أجزاء المبيعات يكون جزءاً شائعاً في الجملة كالقول: أبيعك هذه الشاة إلا ثلثها أو نصفها، وهذه الصبرة إلا ثلثها أو ربعها، أو غير ذلك من أجزائها.

---

(1) فتح الباري: 2/72.

(2) المعلم: 1/270. فقرة: 226.

ويقع الاستثناء على معيّن من أجزائها مغيّب كقوله: أبيعك هذه الأمة إلا جنينها. ويقع على جزء معين، كقولك: أبيعك هذه الشاة إلا فخذها وإلا جلدها، أو إلا رأسها وسواقطها.

ويقع على جزء غير معين، ولكنه مقدر بكيل أو وزن، كقوله: أبيعك هذه الشاة إلا أربعة أرطال من لحمها، أو أبيعك هذه الصبرة إلا أربعة أقفزة منها.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

أما استثناء بعض المنافع، فإن كان لكون ما استثني قد خرج عن ملك بائع الرقبة، كمن أكرى داره أو عبده مدة معلومة، ثم باع الرقبة، فإن هذا الاستثناء لهذه المنافع المبيعة إنما يجوز، عند مالك، إذا كان أمد انقضاء أمد الإجارة يقرب، على حسب ما تقدم بيانه فيما سلف من كتابنا هذا في بيع الغائب وغيره. وذلك أن تكون الإجارة في العبد تنقضي بعد اليومين والثلاثة، لأجل ما قدمناه من أنه لا يجوز بيع معين يقبض إلى أجل بعيد، وإنما يجوز إذا شرط قبضه بعد اليومين والثلاثة أو بعد سنة أو أكثر منها، على حسب ما تقدم بياننا لما ذكر العلماء في تقدير ما يجوز استثناؤه من منافع الديار إذا بيعت، وغيرها. ومنع أبو حنيفة بيع ما تقدمت فيه إجارة على الإطلاق. وللشافعي فيه قولان. فمن منعه رأى أن المبيع غير مقدور على تسلميه لمشتريه لتعلق حق من استأجره بعينه ليستوفي منها المنافع التي أكراها، فأشبه بيع ما في يد الغاصب الذي لا يقدر على تسليم ما في يده لمشتريه، ومقتضى البيع في الشرع التسليم. وإذا شرط ألا تسليم للمبيع فسد البيع.

وانفصَلَ أصحابنا عن هذا بأن المبيع في الإجارة المنافعُ، وقد كان لمالكِ الرقبةِ أن يبيعها ويُبقي الرقبة/ لنفسه. وكذلك له أن يبيع الرقبة ويبقي المنفعة لنفسه، أو لمن كان أكراها منه. والمشتري إنما اشترى من المستأجر رقبته، ورقبته على ملك البائع لا يمنع من التصرف فيها بحسب ما يسوغه الشرع له. ولا يقاس هذا على ما في يد الغاصب لأجل أن الغاصب يمنع من الرقبة والمنفعة جميعاً، والمكتري للعبد أو الدار لا يمنع من الرقبة وتصرف المالك فيها بحسب ما أذن له الشرع فيه.

وأما إن كانت المنافع التي استثنى البائع لم يتقدم فيها عقد إجارة، ولكنه باع دابة واستثنى ركوبها، فإن ذلك يجوز عندنا إذا استثنى أمداً قريباً، ويمنع إذا استثنى أمداً بعيداً. ومن الناس من ذهب إلى جواز هذا الاستثناء على الإطلاق. ومنعه أبو حنيفة والشافعي على الإطلاق.

وسبب هذا الاختلاف تعارض ظواهر الأخبار فقد خرج في الصحيح أنه عليه السلام نهى عن المخابرة والثُّنيا[1] وغير ذلك مما ذكر في هذا الحديث. ونهى أيضاً عن بيع وشرط[2]. وروي في الصحيح: أنه ﷺ اشترى من جابر بن عبد الله جمله، واشترط جابر ظهر الجمل إلى المدينة. فلما وصل أعطاه النبي ﷺ الثمن والجمل[3]. فمن يجيز الاستثناء لبعض المنافع يتعلق بظاهر حديث جابر. ومن يمنع من ذلك يتعلق بنهيه عن الثنْيا وعن بيع وشرط.

وأما مالك فإنه يجيز اشتراط ركوب الدابة إلى أمد قريب، ويمنع ذلك إلى الأمد البعيد، لكون الدابة والعبد يتغيّرَان فيه، فيصير المشتري اشترى ما لم يعلم حقيقته حين يقبضه ويصير إليه، فيكون العقد وقع على غرر فيمنع. وإذا كان الأمر قريباً فلا غرر فيه، فيجوز حمل حديث النهي عن بيع الثنيا على ثنيا لا تجوز لكونها تتضمن الجهالة بالمبيع. ويحمل حديث جابر على ما لا يتضمن غرراً من الثنيا، فيبنى أحد الحديثين على الآخر، ولا يترك أحدهما للآخر. وقد أشار الطحاوي إلى نصرة من ذهب إلى المنع، بأن المنافع المستثناة لا تخلو من أن يقال: إنها صارت إلى البائع من قِبَل المشتري، وكأن البائعَ باعها مع الرقبة، ثم اشتراها من مشتري الرقبة. أو يقال: إنها باقية على حكم البائع. قال: ولا يصح أن يقال: إنها صارت إلى البائع من جهة المشتري، لأن المشتري لم يملكها قبل العقد، فيكون اشترى الرقبة بها وبما بذل من الثمن. فإذا لم يقدَّر أنه

---

(1) مختصر أبي داود: 5/65. حد. 3262.

(2) البغوي شرح السنة: 8/147. الزيلعي: نصب الراية: 4/17.

(3) البخاري: الصحيح: كتاب البيوع: باب 34 شراء الدواب والحمير. الفتح: 4/320. حد. 2097.

ملكها قبل العقد لم يصح بيعه لها. فمتى قدّر أنه باعها صار كمشتري الرقبة بدنانير وسلعة أخرى لا يملكها، وهذا العقد لا يجوز. قال: ولا يقدر أيضاً أنها باقية على ملك البائع لأن البائع لا يملك ما حدث في المبيع بعد العقد من منافع وهي وقت عقد البيع لم تُخلق فيقدر أن البائع ملكها وأبقاها على ملكه، وإنما هي حين العقد غير مملوكة للبائع لكونها حدثت في ملك المشتري ولا هي مملوكة للمشتري حين العقد لكونه لم يملك الرقبة التي حدثت فيها هذه المنافع. فإذا استحال تصور العقد عليها على الطريقتين جميعاً: أنها مبقاة على ملك البائع أو على أن المشتري اشتراها ثم باعها من البائع، لم يصح العقد، وإنما يصح الاستثناء فيما لولاه لدخل في البيع وهذه المنافع لا يصح أن تدخل في البيع لكون البائع لم يملكها قبل أن تخلق. فلما استحال/ حقيقة الاستثناء استحال حقيقة هذا العقد[1]. فإذا تقرر حكم استثناء بعض المنافع، وهي أحد أقسام ما يستثنى فنتكلم على استثناء بعض أجزاء ذات المبيع.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

استثناء بعض أجزاء ذات المبيع فإنه يكون استثناء بعض أجزائه على الشيوع، أو استثناءً لجزءٍ منه معين.

فأما الاستثناء لجزء شائع من المبيع، مثل أن يقول البائع للمشتري: بعتك هذه الشاة إلا ثلثها أو أكثر من الثلث أو أقل من الأجزاء التي ذكرناها، فإنه جائز. ولا خلاف في جواز الاستثناء لجزء شائع في الجملة. وقد قال عيسى بن دينار: إن هذا الاستثناء يجوز ولو بيعت هذه الشاة على الاستحياء.

وهذا الذي نبه عليه عيسى من حمل الرواية على جواز استثناء جزء من الشاة شائع على الإطلاق، وسوّى بين بيعها للاستبقاء أو للذبح، يفتقر إلى إسناده إلى مسألة أخرى. وذلك أنه قد علم أن ابن القاسم يمنع شراء أرطال لحم يسيرة من شاة، لكون ذلك شراء لحم مغيّب لا يحاط به. وأشهب يكرهه

(1) الطحاوي: شرح معاني الآثار: باب البيع يشترط فيه شرط ليس منه. 4/41-48.

ابتداء، ويراه إذا وقع ماضياً، بشرط أن يكون المشتري قد جس الشاة حتى علم مقدار سمنها أو هزالها، فينظر في ذلك الذي قال عيسى: إنه إذا بيعت الشاة على الذبح أنه يجوز استثناء جزء منها شائعاً، هل يكون الحكم ذبحها إذا دعا لذلك البائع أو المشتري، أو يكون الحكم التبقية؟ والذي نص عليه بعض الأشياخ أن الذبح لا يكون إلا بتراضيهما جميعاً، ومن دعا منهما إلى إبقائها حية لتباع عليهما إذا كرها الشركة فإنه يقضى له بذلك. وتوقف بعض الأشياخ في هذا، وترجح[1] فيه. فإذا قلنا: إن الحكم أن لا تذبح إلا بالتراضي، صح ما قاله عيسى بن دينار، ولم يقدح فيه بأن يكون شراء لحم مغيب. وإن قلنا: بما ترجح[1] فيه بعض الأشياخ أن الذبح يقضى به لمن دعا إليه، كان فيما قاله تعقب، لأنه يقتضي كون المشتري اشترى ثلاثة أرباع لحم شاة، وهي حية، والبائع اشترى لحم ربعها الذي استثناه، إذا قلنا إن المستثنى مشترى. واشتراء اللحم المغيّب منهي عنه كما قدمناه. وإن كان هذا أخفض رتبة من شراء اللحم المغيب، لأن شراء اللحم المغيب لم يقع العقد إلا عليه، وها هنا وقع العقد على شاة حية. وإن كان الحكم عند اختلاف الشريكين فيها أن تذبح، فإنه يجوز أن لا يدعو أحدهما إلى الذبح، ويتراضيا ببقائها حية، ولا يكون ذلك شراء اللحم المغيب ضربة لازب. فيقال على هذا: لا تعقب فيما قاله عيسى على الطريقتين جميعاً، سواء قيل: إن الحكمَ الذبحُ إذا دعا أحدهما إليه، أو الحكم استبقاؤها حية. وهو الذي حكيناه من تنازع الأشياخ في هذا وقع في رواية المتقدمين من أئمتنا ما يشير إلى اختلاف في هذا الأصل. فقد نصوا على أنه من اشترى بدن شاة حية، واشترى آخر رأسها، فإنهما إن اختلفا في ذبحها أو استبقائها، كان القول قول من دعا إلى استبقائها. ويكونان شريكين فيها، هذا بقيمة الرأس، وهذا بقيمة ما سواه من البدن. ولا شك أن هذين المشتركين إنما اشتركا على الذبح، لأن اشتراء أحدهما الرأس يتضمن الذبح إذ لا ينفصل الرأس عنها وهي حية. لكن تُتَعَقب الرواية من طريق أخرى، وهي أن هذين المشتريين/ دخل كل واحد

(1) هكذا. ولعل الصواب: وتردد.

منهما على أنه لا يعلم مبلغ الجزء الذي يكون شريكاً به في هذه الشاة إلا بعد فض وتقويم. وقد منع في أحد القولين جمع سلعتين في البيع لرجلين، لكون كل واحد منهما لا يعلم مقدار ما يستحقه من الثمن الذي باعا به السلعتين. لكن قد يقال في هذا أيضاً. فإن استبقياها حية، والشركة فيها بالقيمة، فقد يتراضيان على خلافه، وإن لم يكن هو الحكم، ويذبحانها، فصارت الشركة على القيمة ليست بضربة لازب. فالجهالة ها هنا ليست بمتعين حصولها.

وقد ذكر مطرف عن مالك فيمن اشترى جزوراً وهو مريض، فاستثنى البائع رأسه، فأبقاه المشتري حتى صح، فإن المشتري لا يجبر على نحره، ويكون عليه عوضه، كما يكون عليه عوض الجلد إذا استثناه البائع. قال: وإن باعه وهو صحيح، فأبقاه المشتري رجاء زيادة السوق فزادت، فإن البائع يكون شريكاً فيه بقيمة الرأس. فأشار بعض المتأخرين إلى إثبات الشركة ها هنا بقيمة الرأس. وهذه الإشارة قد تقتضي أيضاً، فيمن باع شاة واستثنى جلدها فامتنع المشتري من الذبح، أن البائع يكون شريكاً بقيمة الجلد.

لكن يقال ها هنا لم يطلق مالك الجواب بالشركة في القسمين، ولكنه أثبت الشركة بقيمة الرأس، إذا أخر المشتري الذبح وكان الشراء، والمبيع صحيح، وإذا كان المبيع مريضاً لم تثبت الشركة. بل أوجب عوض الرأس، وهو ما يعد كالمتنافي. لكن قد يقال: إذا كانت الشاة حين العقد مريضة لا كبير ثمن لها، كما قال في هذه الرواية، ثم صحت فإن ثمنها يرتفع ارتفاعاً كثيراً لأجل صحتها، حتى يصير الرأس المبيع، وهو مريض، كأنه فاتت عينه وضمنه مشتريه. وبهذا علل في هذه الرواية، لأنه قال: إن مشتريها لما أخر الذبح حتى صحت صار ضامناً لما استثناه البائع. وإذا كانت حين عقد البيع صحيحة ولم يتغير من حالها إلا زيادة السوق وانتقاله، فإن العين المبيعة والمستثناة باقيتان على حالهما لم يتغيرا، فكان من حق كل واحد منهما أن يتمسك بعين ما اشتراه فوجبت الشركة. هذا عندي أقصى ما يقال في هذه الرواية.

وقد قال ابن الماجشون، في ثلاثة اشتروا شاة ثم اختلفوا فقال أحدهم:

نذبحها. وقال الآخر: نبيعها. وقال الآخر: نتقاواها[1]، فإنهم إن كانوا اشتروها ليأكلوها فإن القول قول من دعا إلى الذبح. وإن كانوا تجاراً أو جزارين فالقول قول من دعا إلى بيعها عليهم ولا تلزم المقاواة لها إلاّ بالتراضي. فأنت ترى كون ابن الماجشون قضى ها هنا بالذبح إذا وقع الشراء عليه، ولم يقض به مالك فيمن اشترى الرأس، على ما حكاه مطرف عنه. فهذا يشير إلى كون المذهب على قولين في هذا، على حسب ما حكيناه من اضطراب الشيوخ فيما ذكره عيسى. فهذا الذي ظهر لي في الروايات مما تستند إليه أقوال الأشياخ.

فإذا تقرر حكم الاستثناء بجزء شائع، فإن الاستثناء بجزء معين لا يخلو من قسمين: أحدهما: أن يكون مغيّباً كالجنين. والثاني: أن يكون مشاهداً على الجملة غير مقدّر كالفخذ، أو مقدر كأرطال تستثنى من لحم الشاة.

فأما إن كان المستثنى جزءاً متميزاً من الجملة، وهو مغيب كالجنين، فإن ذلك لا يجوز عند مالك وغيره من فقهاء الأمصار. وأجازه ابن حنبل. وذهب الليث/ أيضاً إلى جوازه على ما سنذكر من مذهبه في ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى.

وقد احتج مالك في الموطأ على منع هذا البيع المستثنى فيه الجنين بأنه لا يدرى هل الجنين تام أم ناقص، حي أو ميت، ذكر أو أنثى، حسن أو قبيح؟[2] مع كون ذلك ينقص من ثمن الأم. فأشار إلى كون هذا العقد يتضمن غرراً للجهل بحال الجنين، وتجويز أن يخرج على أحد الصفات التي ذكرناها.

وهذا التعليل إنما يصح على القول: إن المستثنى مبيع على الجملة، فيكون البائع الذي استثناه مشترياً له باستثنائه، فيقتضي ذلك كونه اشترى جنيناً لا يعلم صفته، ويقدر أنه باع الأم بمائة دينار وبالجنين الذي استثناه وحقه أن يدخل في المبيع لو لم يستثنه. وأما على القول بأن المستثنى مبقًى، فإن هذا التعليل لا يتضح. لأنه أبقى على ملكه الجنين الذي استثناه، فالجهل بحاله

---

(1) تقاوى الشركاء المتاعَ بينهم تزايدوه حتى بلغ غاية ثمنه، فأخذه بعضهم.
(2) الموطأ: كتاب البيوع: بيع الغرر.

كالجهل ببعض ما يملكه من ماله وخفائه عنه، وذلك لا يرفع ملكه عنه.

ولما علم مالك ما في هذا التعليل، أشار إلى طريقة أخرى من التعليل يتصور فيها الغرر عنده، وإن قيل: إن المستثنى مبقى على الملك، فقال: إن هذا الاستثناء يحط من ثمنها[1] فكأنه أشار بها إلى أنه وإن قيل: إن الجنين مبقى على ملك بائعه لم يدخل في البيع، فإنه يقتضي إبقاؤه على الملك غرراً في ثمن الأم، لأنه وضْع من ثمنها وقيمتها لأمر لا يدري هل يحصل أم لا يحصل؟ فصار كأنه خاطر في ثمنها. وهذا أيضاً قد يقال فيه بأن هذه المخاطرة لا تعلق لَها بالمشتري، وإنما تتعلق به في تحسين نظره لنفسه فيما باعه، وسوء نظره. فكأنه أمر خارج عن العقد. فهذا منتهى ما يعلل به في منع استثناء الأجنة.

فإن وقع البيع فإنه فاسد يجب فسخه. فإن حال سوق الأمة قبل أن يفسخ، فقد فات فسخه، ولزمته الأمة بقيمتها يوم القبض. ويكون الولد له. لأنا وإن قلنا: إن المستثنى مبقى، فإن تبقيته على الملك لا تجوز. فلو ألزمنا المشتري قيمة الأم دون الجنين لكنا أمضينا الفساد الذي كنا نهينا عنه، وكنا كبائع الأم دون جنيها. ولو ولدته الأمّ قبل وجوب القيمة على المشتري وقبضه البائع الذي استثناه لما ولد، فإنا نرده إلى مشتري الأم، ولا يمضي استثناؤه لفساده. وإن فات الولد في يديه بحوالة السوق لزمه بقيمته.

وأما إن كان الاستثناء بجزء مقدر بكيل أو وزن، فإنه اختلف قول مالك في ذلك، فروي عنه منع البائع من استثناء أرطال من لحم الشاة التي باع، وإن كانت الأرطال يسيرة. وروي عنه جواز ذلك إذا استثنى أرطالاً يسيرة. فكأنه في رواية المنع قدر أن هذا الاستثناء يقتضي غرراً كنحو ما اقتضاه في استثناء الجنين، لأن اللحم المستثنى مغيب عن النظر لا يعلم هل هو سمين أو هزيل؟ فصار البائع لما استثناه كمشتري لحم مغيب. هذا على القول أن المستثنى مشترى. ولو قلنا: إنه مبقى، لكان الغرر ها هنا في جانب المشتري. لأن

(1) المرجع السابق.

المعروف من المذهب أن هذا الاستثناء يوجب القضاء بذبح الشاة لمن دعا إلى الذبح. وإذا كان الحكم كذلك صار المشتري اشترى ما بعد اللحم المستثنى وهو مغيب. وشراء اللحم المغيب لا يجوز. وكأنه في رواية الإجازة لاستثناء الأرطال اليسيرة قدر أن الغرر في هذا خفيف ليسارة ما استثناه. وكأن ما/ استثناه أجري عليه حكم الحياة. وشراء شاة حية لا يمنع منه.

فإذا كانت الأرطال المستثناة من الشاة كثيرة، فإنه لم يختلف القول في منع هذا البيع وفساده لتضاعف الغرر فيه من وجهين: أحدهما كون اللحم المستثنى مغيباً، والثاني كون المشتري جاهلاً بمقدار ما يحصل له بعد الاستثناء، ويجوز أن يأتي الاستثناء على سائر لحم الشاة، أو على أكثر لحمها، ولا يبقى له إلا النزر اليسير الذي لا بال له. وهذه المخاطرة الثانية تعدم في استثناء الأرطال اليسيرة.

واختلف في تحديد اليسير الذي يجوز استثناؤه ها هنا، فقيل: أربعة أرطال، وقيل: ستة أرطال فما دونها، وقيل: ما تقاصر عن الثلث، وقيل: الثلث في حيز اليسير ها هنا. وقد يقال ها هنا: إن ابن القاسم وافق أشهبَ على جواز بيع الصبرة من طعام واستثناء مكيلة منها هي قدر الثلث. وخالفه في استثناء أرطال من لحم الشاة، فلم يجز ما بلغ الثلث. وهذا إنما يعتذر عنه بأن الغرر في لحم الشاة يدخل من جهة كون اللحم المستثنى مغيباً، ومن جهة ما يتخوف من كون استثناء الكثير من الأرطال يأتي على أكثرها، وطعام الصبرة مُشاهَد جميعه لا غرر فيه من هذه الجهة. فكان التخاطر فيه أخف من استثناء أرطال كثيرة من لحم الشاة. فلهذا أجاز ابن القاسم استثناء مقدار الثلث من الصبرة ولم يجز ذلك في اللحم.

وقد أشار بعض أشياخي إلى إلزام أشهب جواز استثناء الكثير من الأرطال من لحم الشاة، لأجل أنه ذهب إلى أن شراء عشرة أرطال من لحم الشاة لا يفسخ إذا كان المشتري قد حبس[1] الشاة وعرف على الجملة سمنها من هزالها.

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: جَسّ.

وهذا أيضاً قد يقال فيه: إن الغرر يدخل في الاستثناء من جهة البائع، ومن جهة المشتري، كما بيناه. وها هنا لا يتصور الغرر في مشتري أرطال من لحم شاة من ناحية هزالها من سمنها. وقد أجاز ابن القاسم أن يبيع رطباً ويستثني البائع منه مقدار الثلث كيلا يأخذه تمراً. ولا يجوز أن يشتري مكيلة من الرطب على أن يأخذها تمراً، لكون الشراء معاوضة حقيقيّة يجتنب فيها الغرر، وكون الاستثناء يبقي المستثنى على ملك البائع على قول الأكثر. وكذلك لا يجيز اشتراء أرطال يسيرة من لحم شاة حية، ويجوز أن يستثني البائع لها، من لحمها هذا المقدار، لأجل ما نبهناك عليه. وقد كنا قدمنا رواية مطرف عن مالك في مشتري جزور مريض واستثنى رأسه أو أرطالاً يسيرة من لحمه، فأبقاه حتى صح، أنه لا يقضي عليه بالذبح، ويعطى مثل اللحم الذي استثناه. ولم يوجب الذبح إذا اختلفا فيه. واعتذرنا عن هذا بما يغني عن ذكره ها هنا.

وأما استثناء جزء معين منها غير مقدر بكيل ولا وزن، كصوف شاة باعها، فإن ذلك يجوز. ولكن يشترط أن يجزّه البائع بعد اليومين ونحوهما. ولا يجوز اشتراط التأخير أياماً كثيرة، بخلاف مشتري صوف غنم اشترط تأخير جزازها خمسة عشر يوماً ونحوها، فإن ذلك يجوز له إذا أبقاه ليتكامل نضجه وتعسيله ولم يبقه ليزيده نماء. لأنه إذا باع الشاة واستثنى صوفها على أن يؤخره أياماً كثيرة فقد صارت الشاة معينة تقبض إلى أجل بعيد. وقد تقدم ذكرنا/ للمنع من بيع سلعة معينة تقبض إلى أجل بعيد، وذكرنا علّة ذلك في كتاب السلم.

وكذلك لو استثنى لبن شاة باعها، فإنما يجوز من ذلك أن يستثني أياماً يسيرة، بخلاف أن يشتري لبن شاة شهراً أو أكثر منه، لأجل ما نبهنا عليه من كون مشتري الصوف أو اللبن لم يملك رقبة الشاة ولا عاوض عليها، فيكون كمعين بيع إلى أجل.

وأما استثناء جلد الشاة المبيعة في الحضر، فالمشهور من المذهب منعه. وأجازه ابن وهب. وأما استثناؤه إذا بيعت في السفر، فعن مالك روايتان: الجواز، وهو المشهور عنه. والمنع، ذكره الأبهري وغيره. وقال القاضي أبو

محمد: إن أصحابنا المحققين يحملون هذا الخلاف على اختلاف حالين، فيمنع في السفر إذا كان للجلد هناك قيمة، ويجوز إذا لم تكن له قيمة. وأشار ابن حبيب إلى منع هذا التأويل الذي قاله القاضي أبو محمد، وأجاز استثناء الجلد والأكارع حيث تكون لها قيمة. واعتل بأنه شراء شيء معين فلا يمنع على قوله هذا أن يكون اختلاف قول مالك في استثنائه في السفر يحمل على سفر يكون للجلد فيه قيمة. وإذا قلنا بجواز استثنائه، فإن المشتري للشاة لا يجبر على ذبحها، وإن دعا البائع إلى ذلك لحقّه في أخذ عين الجلد الذي استثناه.

والتحقيق عندي يقتضي الجبر على الذبح لتعلق حقه بعين الجلد، كما يجبر المشتري على الذبح إذا استثنى البائع أرطالاً، لتعلق حقه بعين اللحم، كما ذكرناه في المشهور في المذهب. لكن لما استخف أمر الجلد، وكان لا قدر له ولا بال، وذبح الشاة فيه إفساد للمال وبخس في الثمن، غلب أحد الضررين فكان من حق المشتري أن يدفع قيمة الجلد عوضاً ليصون بذلك ماله من إفساده بالذبح. وقال مالك: يقضى لِلْبائع بقيمة الجلد أو شرائه، يعني به مثله. وكأن هذا خارج عن الأصول، لكون العروض إنما يلزم متلفها قيمتها لا مثلها. لكن قد وقع في المذهب القضاء فيها بالأمثال فيما لا قدر له ولا بال. كما قيل: من حرق ثوب إنسان، أنه يرفوه ثم يغرم ما نقص. إلى غير ذلك مما نذكرهُ في مواضعه إن شاء الله تعالى.

وإذا تقرر أن الامتناع من الذبح من حق المشتري، وأن البائع لو طلب المثل أو القيمة، قال المشتري: بل يذبح وترْفع الجلد، لكان ذلك من حقه. لأنا إنما عدلنا إلى غرامة العوض لما يلحق المشتري من الضرر بالذبح. فإذا خفّ عليه التزام هذا الضرر عدنا إلى الأصل في أن كل ذي حق أحق بعين ماله. وإذا قضينا بالذبح، إذا دعا إليه المشتري، فإن بعض المتأخرين ذهب إلى أن إجارة الذبح والسلخ تكون على البائع والمشتري بقدر ما يملكه كل واحد منهما من هذه الشاة، لما كانت منفعة الذبح لا يختص بها أحدهما دون الآخر، فوجب أن يشتركا فيها بقدر ما لكل واحد منهما. وينبغي أن يلتفت في هذا الذي ذكرناه

إلى أصل آخر، وهو النظر في المستثنى هل مشترى أو مبقى؟

فإن قلنا: إنه مبقى على ملك البائع، وكأن البائع باع ما سواه، وهو اللحم، فإن على البائع السلخ ليتمكن المشتري من أخذ المبيع، كما قيل فيمن باع عموداً عليه بناء، أو جفن سيف عليه حلية، فإن على البائع أن يزيل ماله من البناء على العمود، وماله من حلية على السيف، ليتمكن المشتري من قبض ما اشتراه.

وإن قلنا: إن المستثنى مبقى، وكأن البائع باعها بدنانير وبجلدها، فإن المشتري يقدر بائعاً للجلد وهو ما التصق باللحم، فيختلف على من تكون إزالته، هل عليه أو على البائع منه؟ كما اختلف فيمن باع صوفاً على ظهر غنم، أو ثمراً في أغصان شجر، هل يكون الجزاز والجذاذُ على البائع أو على المشتري؟

وأما ما أشار إليه من حكينا قوله من الأشياخ: أن الإجارة تكون بقدر قيمة الجلد من قيمة الشاة، فإنه قد اختلف المذهب في الإجارة إذا كان العمل واحداً في أموال رجال مختلفين والمال مختلف، هل تكون الإجارة على قدر أعمالهم، أو على المساواة؟ فكذلك ما نحن فيه.

وأما استثناء عضو معين، كالفخذ أو الذراع، أو غير ذلك من الأجزاء التي لها قدر وبال، فإنه ينبغي أن تجري على الاختلاف في استثناء الأرطال. فإن كان العضو المستثنى فيه أرطال كثيرة لا يجوز استثناؤُها لحماً في أصل البيع، فإنه يمنع. وإن كانت قليلة فإنه يجوز. ويختلف في حد القليل على حسب ما قدمنا ذكره.

وأما الاستثناء من الصبرة جزءاً شائعا، فإنه يجوز باتفاق، قلّ الجزء أو كثر، كما قدمناه في استثناء جزء شائع من الشاة.

وأما استثناء كيل مقدر منها، فإنه إن زاد مقدار الكيل على ثلث جميعها، منع، لما نبهنا عليه من شدة الغرر في البيع إذا كان المستثنى كثيراً. وإن كان مقدار ما استثني من الكيل ثلث جميعها فأقل، جاز ذلك.

فإن هلكت الصبرة قبل أن يقبض البائع منها ما استثناه، فإن هلاكها منهما جميعاً، يضمن مشتريها ما زاد على المستثنى، ويضمن البائع المستثنى. فأما

كون المشتري يضمن ما اشتراه، فإنه اشتراها على الجزاف. وبالعقد يضمن الجزاف. ويختلف في اعتبار مضي قدر التمكين والتسليم. وهذا إذا تمكن المشتري من أخذ ما سوى المكيل الذي استثناه البائع فإنه يتحقق الضمان عليه. وأما كون البائع لا يرجع على المشتري فيما استثناه منها، فإنه يصح على القول بأن المستثنى مبقى على ملك البائع. وأما على القول بأن المستثنى مشترى، وكأن البائع باع جميع الصبرة بدنانير وبمكيلة منها، فإنه يسبق إلى النفس أن المشتري يكون ضمان المستثنى منه لكونه قد باعه. ولكن هذا يسبق منه إلى النفس أيضاً فساد البيع لما يتصور فيه من كون العقد وقع على بيع طعام بطعام وذهب، وذلك ممنوع. وقد جعله بعض الناس حجة على من أجاز هذا الاستثناء وزعم أن المستثنى مشترى. لكن أصبغ ذهب إلى أن المستثنى مشتَرى فيمن باع داراً واستثنى البائع سكناها سنة، فانهدمت الدار قبل استيفاء السكنى. فقال: يرجع بائع الدار على مشتريها بقيمة ما بطل من السكنى التي استثناها. ينسب ذلك من جميع الصفقة، ويرجع بمقداره من جملتها، كمن باع داراً بدنانير وعروض فاستحق العرض فإنه يرجع بمقداره فيما باعه عيناً، أو قيمة، على حسب ما تقدم بيانه فيما مضى.

وقال ابن القاسم: لا يرجع البائع على المشتري بقيمة السكنى، لم يشتره[1] البائع من مشتري الدار، وإنما أبقاها على ملكه، فلا مرجع له بما ذهب من ملكه على أحد، كما قلناه في ذهاب الصبرة التي استثنى البائع بعضها. وسلم له أصبغ ما قال في الصبرة ولم يخالفه فيها، وإنما خالفه في استثناء منافع دابة أو سكنى دار. وفرق بينهما بأن الصبرة موجودة جميعها حين العقد، فيقدر المشتري قابضاً لما اشتراه. وكذلك يكون/ البائع كالقابض لما استثناه. وأما منافع الدار والدابة فإنها لم تخلق بعد فيعد مستثنيها قابضاً لها فيكون ضمانها منه، وإنما هي شيء يخلق في ملك البائع، فيقدر ما خلق في ملكه كأنه باعه

(1) هكذا في النسختين. والمعنى: لأنه لم يشترها. . .

ممن باع منه الرقبة. وقد كنا نحن أشرنا إلى ما قاله الطحاوي في منع الاستثناء لمنافع الدابة والدار، وإشارته ليس من هذا المعنى. ولو كان المبيع ثمرة أزهت على رؤوس النخل بيعت جزافاً، واستثنى البائع منها مكيلة هي مقدار ثلثها، فإن ذلك يجوز أيضاً ولو اشترط أخذهُ تمراً، كما قدمناه. فإن هلك جميع الثمرة جرى الحكم فيها على حكم الجوائح، أنها توضع عن المشتري، ويكون الحكم فيها كما قدمناه في الصبرة إلا من جهة وضع الخوائح على حسب ما يوجبه الشرع.

ولو ضاع بعض الصبرة المبيعة لكان البائع هو المقدم فيما بقي، حتى يستوفي المكيلة التي استثناها، ويقدر كأنه إنما عقد على نفسه بيع ما سوى المكيلة التي استثناها، فلا يحصل للمشتري شيء إلا بعد تحصيل البائع ما استثناه. وقد قال بعض المتأخرين: هلا وجب أن يكون الباقي بين البائع والمشتري، كما يكون هلاك الجميع منهما، فكذلك ينبغي أن يكون الباقي بينهما على نسبة ما كان لكل واحد منهما؟ والانفصال عما قاله، ما أشرنا إليه من اعتبار المقصود في هذه العقود. وكأنهما تبايعا على أنه ما دام الطعام موجوداً أو بعضه، فإن البائع يقدم حقه فيه على حق المشتري.

وأما استثناء بعض الثمرة التي على رؤوس الشجر كيلا، فإن الجائحة إذا وقعت في بعض الثمر، فإن كانت الجائحة يسيرة مما لا يوضع عن المشتري من الثمر شيء لأجلها، فإنها تكون كالصبرة يقدم فيها حق البائع في استيفاء جميع المكيلة مما بقي منها، لكون ما ذهب كأنه لم يذهب إذ لم يوضع له من الثمن شيء. وأما إن ذهب منها ما يوجب للمشتري وضع شيء من الثمن لكونه أكثر من ثلث الثمرة، فإن ابن عبد الحكم روى عن مالك فيها روايتين: إحداهما أن البائع مقدم في استيفاء جميع المكيلة كما قلناه في الصبرة. والرواية الثانية عنه، وهي اختيار ابن عبد الحكم، أن البائع لا يقدَّم بجميع التسمية التي استثناها، لكون الشرع أثبت ها هنا حكم الوضع عن المشتري فيما طرأ من جائحة. فإذا وضع عنه من الثمن شيء وضع مما استثناه البائع شيء بمقدار ذلك، لأنه كالثمن وكالمشترَى.

ولو باع الصبرة من غير استثناء، ثم أراد البائع أن يشتري منها شيئاً قبل أن يفترقا، وتناقدا الثمن، فإن ذلك يمنع منه مخافة أن يكونا عقدا على ذلك وأخرا إظهاره إلى بعد العقد، إلا أن يكون ما أراد أن يشتريه الثلث فأقل، فإن ذلك جائز، لأنهما لا يمنعان من هذا لو أظهراه حين العقد ولا يتهمان على كتمانه. ولو كان الاشتراء لبعض الصبرة بعد أن تناقدا الثمن وافترقا، لجاز ذلك على الإطلاق من غير اعتبار بكونه ثلث الصبرة أو أقل أو أكثر، لكون العلاقة التي يوجبها البيع من التناقد والافتراق يرفع التهمة في بياعات النقود، إلا أن يكونا من أهل العينة فيتهمان على ذلك، كما يتهم أهل العينة في بياعات النقود. وعلى هذا الأسلوب في الالتفات إلى التهم جرى الأمر في المذهب على إجراء التهم التي صوّرناها/ في بياعات الآجال ها هنا.

ولو بيعت الصبرة بثمن إلى أجل، ثم أراد بائعها أن يشتري شيئاً منها، فإن ذلك لا يجوز، لأن الذي اشتراه منها قد رجع إليه، فكأن البيع لم يقع عليه، وحصل من أمرهما أن البائع دفع دنانير نقداً وطعاماً بثمن إلى أجل. ولو اشترى منها شيئاً على المقاصة من الثمن إذا حل الأجل لجاز ذلك.

ولو بيعت الصبرة بنقد، ثم اشترى منها شيئاً إلى أجل، لجرى الأمر فيها على ما كنا قدمناه في كتاب بيوع الآجال من اعتبار التهمة إذا كانت البيعة الأولى نقداً والثانية إلى أجل، والمتبيعان ليسا من أهل العينة. وقد ذكرنا ما وقع في المذهب في هذا النوع من بياعات الآجال بما يغني عن إعادته ها هنا.

وقد علم من المذهب أن من باع نخلاً وفيها تمر لم يؤبر، فإنه للمشتري، ولا يجوز أن يستثنيه البائع. ولو وهب صاحب النخل هذه الثمرة قبل الإبار ثم أراد أن يبيع النخل خاصة، فإن ذلك يمنع منه، لأجل أنه يتصور فيه بيع نخل فيها تمر لم يؤبر، استثنى البائع الثمرة، لكون هذا قد تقدم زوال ملكه عن الثمرة بهبته لها فيكون العقد على النخل عقداً عليها دون ثمرتها التي لم تؤبر وذلك كاستثنائه. ولم يلتفت في هذا إلى كون البائع حين البيع لا قدرة له على إدخالها

في البيع، ولا ملك له عليها، فيقدر أنه استثناها. وقد كنا أشرنا إلى هذه النكتة قبل هذا، لما تكلمنا على بيع عبد أو دار، وقد أكراهما بائعهما قبل أن يحوّل رقابهما.

ولو أبر بعض النخل دون بعض لكان الأقل تبعاً للأكثر في حكمه، إذا كان كل واحد منهما متميزاً عن صاحبه. ولو كان هذا مختلطاً لم يجز للبائع استثناؤه لكون استثنائه على العموم يدخل فيه استثناء ما لم يؤبر. وقد ذكر في المدونة حكم بيع لبن شاة أو شياه، فأعلم أن شراء هذه الألبان إما أن يقع على الكيل أو على الجزاف، وفي كلا الوجهين يقع ذلك في عدد قليل كالشاة والشاتين، أو في عدد كثير كالعشرة ونحوها. فأما العقد على لبن شياه كثيرة فإن ذلك يجوز. ويستوي الحكم فيه بين أن يعقد على الجزاف أو على الكيل، ولكن يجب أن يرفع فيه ما يقتضي الوقوع في الغرر والخطر. ولا يعقد ذلك حتى يعلم من حال اللبن ما يكون الجهل به يتضمن غرراً في المبيع، وذلك بأن يشترط، إذا بيعت على الكيل، كيلاً يعلم أن الغنم تفي به، والزمن لا ينقطع فيه اللبن، فبيعه على الكيل يرفع الجهالة بمقدار المبيع، وبيعه على الجزاف يفتقر فيه إلى المعرفة بقدر الحلاب على الجملة لاختلاف أحوال الغنم في غزارة اللبن وقلته. وإذا كان على الكيل علم المشتري مقدار ما اشتراه. وأما إن كانت الشياه قليلة كالشاتين، فالمذهب على قولين: نهى في المدونة عن شراء ذلك على الجزاف. وأجازه في الموازية وذلك اختلاف في شهادة بعادة. فمن أجاز رأى أن الغالب بقاء اللبن على ما اختبر منه المشتري قبل العقد، وتغيُّرُه نادر لا يلتفت إليه. ومن نهى عنه رأى أن التغيّر في ذلك ربما تكرر تكرراً يوقع الغرر، فنهى عنه، بخلاف أن تكون الشياه التي اشترى لبنها كثيرة، فإن الغرر ها هنا الذي أشرنا إليه يخف، لكون بعضها وإن خف لبنه في بعض الأيام، فإن البعض الآخر ربما غزر لبنه،/ حتى ينوب هذا عن هذا. ويجري الأمر فيها على ما عرف من ناحية حلابها. وقد أجاز في المدونة أن يكتري بقرة للحرث ويشترط لبنها إذا كان العقد في إبان لبنها. وأشار سحنون إلى إنكار هذا، ونهى عنه لكونه يتضمن

شراء لبن عَدَدٍ يسيرٍ، وقد ذكرنا عن المدونة أنه لا يجوز ذلك. فمن الناس من رأى ذلك اختلاف قول منه في المدونة، ومنهم من اعتذر عن ذلك، ولم يره اختلافاً من القول لكون اللبن ها هنا لم يعقد عليه منفرداً، وإنما عقد عليه تبعاً للمنافع التي اشتريت منها، وهو الحرث بها، والغرر يتصور في الشيء إذا انفرد، ويرتفع منه إذا كان تبعاً لغيره. ألا ترى أن من اكترى داراً وفيها شجرة لم تَزْهُ فإنه يجوز له اشتراط ثمرتها إذا كانت الثمرة تبعاً للكراء، ولا يجوز اشتراء ثمرتها قبل الزهو منفردة. فكذلك العذر عن هذه المسألة. لكن أشار ابن أبي زمنين إلى المناقضة من جهة أخرى، فقال: قد اشترط في المدونة فيمن اكترى بقرة للحرث، واشترط لبنها، أن ذلك يجوز إذا عرف وجه حلابها. فإن بناء الجواز فيها على كون اللبن ها هنا تبعاً، فلمّا[1] اشترط وجه المعرفة بحلابها واشتراطه ذلك يؤذن بكونه مقصوداً، وكونه مقصوداً يقتضي منع العقد عليه كما لو عقد عليه منفرداً. وهذا الذي قاله ينفصل عنه بأن الغرر إذا كان من جهة يقدر على رفعها من غير مشقة لم يسامح به. ومعرفة قدر حلابها يمكن أن يطلع عليه من غير مشقة، والعدول عن العلم به إلى الجهل به وقوع في الغرر. فكونه ها هنا تبعاً لا يقتضي العفو عن هذا الغرر الذي يقدر على رفعه من غير مشقة. وأما ما يتوقى من تغير اللبن فكذلك أمر لا يقدر على رفعه إذا كان المكتري يتسلم البقرة للحرث عليها على الإطلاق، فإن البائع تلحقه المشقة في الإتيان إليها لحلابها وقتاً بعد وقت، فدعت هذه المشقة إلى العفو عن هذا النوع من الغرر، كما أجيز اشتراط ثمرة شجرة لم تزه في اكتراء الدار إذا كانت الثمرة تبعاً، لما يلحق المكتري من التأذي بدخول صاحب الدار إليه وتكرر ذلك عليه ليجني ثمرته. وقد قدمنا في العرية إشارة إلى تعليلها بهذا المعنى.

وقد اختلف المذهب في هذه البقرة التي اكتريت للحرث، واشترط حلابها، هل يحط من الكراء شيء بسبب ما ارتفع من اللبن أو لا؟ فذهب ابن

---

(1) في المدنية: فلماذا.

القاسم إلى أنه يحط منه بمقدار ما قابل اللبن من الكراء. وذهب أصبغ إلى أنه لا يحط منه بناء منه على أن الاتْباع لا حصة لها من الثمن، كمال العبد إذا اشترط في البيع، والثمرة المؤبرة إذا اشترطها مشتري رقاب النخل. وإذا كان العقد في شراء اللبن على ما يجوز، واشترى اللبن على الجزاف فماتت بعض الشياه، فإنه يحط عن المشتري من الثمن مقدار ما قابل لبن الشاة التي ماتت بعد اعتبار قيمة اللبن في أول الإبان وآخره. وينظر في لزوم العقد فيما بقي منها. فإذا كان الذي بقي منها حياً هو الأكثر، فأصل المذهب أنه يلزم البيع فيه على ما تقدم بيانه في كتاب الرد بالعيب. وإن كان الذي بقي منها حياً أقل الصفقة، فها هنا اضطرب المتأخرون. فمنهم من أشار إلى لزوم البيع، بخلاف ذهاب أكثرها بالاستحقاق، أو رده بالعيب لما كان الاستحقاق والردّ بالعيب من سبب البائع، ويتهم البائع في كونه من سببه ومدلساً به. والموت أثرٌ لا سبب للبائع فيه فلا يكون للمشتري مقال بذهاب أكثر صفقته كجوائح الثمار، لما كان ذهاب ما هلك من الثمرة لا سبب للبائع فيه، وجب ألا يكون لمشتريها مقال فيما سلم منها ولو كان أقلها. ومنهم من مال إلى أن للمشتري مقالاً، واحتج بقوله في المدونة فيمن اكترى دارين فانهدمت إحداهما، وهي وجه الصفقة: أن له رد الأخرى. والانهدام لا سبب للبائع فيه. ومقتضى هذا التخريج إثبات حق للمشتري، ورد ما بقي من الثمرة التي طرأت عليها جائحة، وإن كان هو أقل الصفقة.

وذكر في المدونة في هذا الكتاب سؤالاً، وهو: من بنى رحًى في أرض لغيره يخرقها نهر، فقال: على باني الرحى قيمة كرائها، وأما الماء فلا كراء له. وقال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن: هل هذا السؤال على أن المراد به النهر الخارق لهذه الأرض ليس بملك لصاحب الأرض، بل هو لغيره، فلهذا أسقط من هذا التقويم كراء الماء. وقيل: إن المراد بهذا القول أن الماء لا كراء له إذا انفرد، وأما إذا كان على هذه الصفقة، فإنه تقوّم الأرض على أن هذا النهر يخرقها. وقال بعضهم: إنما يقع التقويم ها هنا على أن سوْق الرحى بهذا الماء على مكتري الرحى لا على المطالب له بالكراء.

وقد ذهب ابن أبي زمنين إلى مناقضة هذه المسألة بمسألة أخرى فقال: قد قال ها هنا: إن الماء لا كراء له. وقال في كتاب الغصب، فيمن غصب بئراً فسقى بها: إن له حق الماء. فإن كان النهر مملوكاً فلا فرق بين السؤالين. وكره مالك بيع المواجل المحبّسة. وهم سحنون بأن يشق روايا الماء بالقيروان التي كانت تنقل من الماجل المسبل للناس، ثم وقف عن هذا، وقال: إن فيه مرتفقاً للناس. وكان أصحابه لا يشترون الروايا وهي ملأى لئلا يقعوا في كراهية شراء الماء المحبس. ولكنهم يقولون لصاحب الراوية بكم تبيعها؟ فإذا أعلمهم بالثمن وقد فرّغها قالوا له: خذه وانقل لنا ملأها. يقصدون بهذا أن يكون ما دفعوه إجارة لدابته وخدمته فيها واستقاء الماء، فيسلمون من الكراهة، وكأنه في هذا نائب عنهم في استقاء الماء. وهذا تورع منهم، وإلا فإذا كان القصد في شرائها، وهي ملآنة، المُعاوضة عن حمل دوابهم واستقائهم، فإن هذا يعود إلى الأول الذي أجازوه واستخفّوه. وسنبسط الكلام في هذا المعنى في موضعه فيما بعد إن شاء الله تعالى. تم كتاب التجارة بأرض الحرب. والحمد لله.



كتاب الصلح

بسم الله الرحمن الرحيم

صلَّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلَّم تسليماً

كتاب الصلح

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه في كتاب الأقضية:

والصلح ضربان: معاوضة كالبيع، فحكمه حكم البيع فيما يجوز فيه ويمتنع. وإسقاط. ويجوز على الإقرار والإنكار، وافتداء اليمين بشيء يبذله من لزمته جائز، وإن علم المبذول له أنه طالب بغير حق لم يجز له أخذه.

قال الإمام أبو عبد الله رضي الله عنه: يتعلق بهذا الفصل خمسة أسئلة[1] منها أن يقال:

1 ـ ما الدليل على جواز الصلح على الجملة؟

2 ـ وما الدليل على جواز الصلح على الإنكار على الجملة؟

3 ـ وما حكم الصلح على العيب مع الإنكار.

4 ـ وما حكم الصلح بين الورثة في التركة؟

5 ـ وما حكم أخذ الأشراك في الديون؟

---

(1) المذكور في الشرح اثنا عشر جواباً. الخمسة الأولى منها عما أورده هنا من الأسئلة. والبقية لم يذكر أسئلة لها والسؤال الخامس أجاب عنه في السادس.

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

الصلح على قسمين:

صلح على إقرار، مثل أن يدعي رجل على رجل آخر بدار في يديه، أو يدعي بدين له عليه، فيقر المدعى عليه بصحة دعوى المدعي ثم يتفقان/ على معاوضة عن هذا الذي ادعاه المدعي، فهذا لا خلاف في جوازه. وينظر فيما يجوز منه وما لا يجوز مما تقدم في أحكام البيوع الفاسدة والبيوع الصحيحة.

وهو بيع على الحقيقة، وإنما خص بهذه التسمية لكون العوضين في يد أحد الرجلين فالدار المدعى فيها في يد المدعى عليه، والذي يبذله عنها حتى يسلمها له المدعي في يديه أيضاً. وغالب البياعات مناولة يد ليد أخرى سلعة عن سلعة من الطرفين جميعاً.

والقسم الثاني: الصلح على الإنكار، وهو أن يدعي رجل على رجل في يديه دار أنها له، وينكر ذلك من في يده الدار، أو يدعي بدين عليه فينكر ذلك المدعى عليه.

والأصل في جواز الصلح على الجملة ـ قبل النظر في هذا التفصيل والتقسيم ـ الكتاب والسنة.

فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿۞ لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَٰحٍ بَيْنَ ٱلنَّاسِ﴾[1]. . . الآية فتضمنت الحض على الإصلاح والوعد عليه بالأجر العظيم.

وقال تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا﴾[2] الآية. فأمر بالإصلاح في القتال.

وقال تعالى في الفروج أيضاً: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[3]

(1) النساء: 114.

(2) الحجرات: 9.

(3) النساء: 128.

وقال تعالى في الحكمين: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ﴾[1].

وطلب كعب بن مالك من أبي حدرد، في حق له عليه، وارتفعت أصواتهما عند باب النبي ﷺ، فخرج إليهما وقال: ضع الشطر[2]. وهذا نوع من الصلح. وخرج ﷺ لبني عوف ليصلح بينهم[3].

وأبين من هذا قوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»[4]. فأما تحليل الصلح فتبيين أمثلته: كمن صالح على دار ادعاها بخمر أو خنزير، أو غير ذلك مما لا تجوز المعاوضة به. وأما قوله: أو حرم حلالاً، فمثاله: أن يصالح عن هذا الدار ـ التي ادعى فيها ـ على أمة يشترط أن لا يطأها، أو ثوب يشترط أن لا يلبسه أو لا يبيعه، إلى غير ذلك من وجوه التحجير مع ما يدخل في هذا المعنى من تحريم المحلّل. .

والجواب عن **السؤال الثاني** أن يقال:

اختلف الناس في الصلح على الإنكار، فأجازه **مالك وأبو حنيفة**، ومنع منه **الشافعي**. ونحن نوضح لك المعنى الذي أدى لهذا الاختلاف بعد أن نقدم لك مقدمة، عليها يعرض النظر في هذه المسألة.

فاعلم: أن إضاعة المال قد تقرر في الشرع المنع منها. كما تقرر أن حقيقة البيع نقل الملك بعوض. وأن الملك إنما ينتقل عن مالكه بأحد أمرين: إما عطية، وهو بذله بغير عوض لغرض صحيح، وهو طلب الأجر إن قصد الصدقة، أو المجازاة من الموهوب له بعوض آخر، أو بغرض صحيح ببذل المال له.

أو ينتقل الملك عن معاوضة وهي التي تسمى بيعاً.

والصلح على الإنكار لا يتصور فيه حقيقة الهبة لأنهما لم يقصدا إليها، وإنما قصدا إلى المعاوضة لعوض بعوض. فإذا امتنعت الهبة ها هنا تقديراً لأجل

(1) النساء: 35.
(2) فتح الباري. 6/ 239.
(3) فتح الباري. 6/ 225. وفيه: بنو عمر وبن عوف.
(4) الترمذي. 3/ 27. حد. 1352.

كونهما لم يقصدا إليها، واستحال البيع لكون من ادُّعِي عليه في دار فأنكر، وصالح على عبد دفعه، فإن العبد لا يقابل الدار، لكون الدار والعبد جميعاً ملكاً لحائز الدار وباذل العبد، وهو لم يبذل العبد هبة فيجوز ذلك، ولا بذله عن معاوضة عوض بعوض آخر وأعطى فتصح المقابلة التي يتصور فيها حقيقة البيع. فإذا استحال تصور الهبة والبيع استحال انتقال الملك واستحالة انتقال الملك ها هنا تتضمن استحالة الصلح على الإنكار. ولكن هذه الاستحالة في تقدير المعاوضة. والمقابلة إذا كانت من الطرفين جميعاً واستحالت من جهة كل واحد من المتعاقدين فلا خفاء بامتناع هذا العقد وبطلانه، كمن باع ولده الحر بولد رجل آخر حر. فإن استحالت من أحد الطرفين دون الآخر فها هنا يقع النظر.

فواضح أن الذي في يده الدار وادُّعي عليه فيها فأنكر الدعوى، ثم صالح عليها بعبد دفعه للمدعي، أن هذا من جهة المدعَى عليه في الدار لا يتصور فيه حقيقة البيع والمعاوضة، بأن يكون اشترى مالاً بعبد، ولكنها تتصور من الطرف الآخر، وهو جانب المدعي، والمدعي يعتقد أن الدار ملك له، وأن ملكه نقله عنها بعبد أخذه ممن في يده الدار. فهل يقدم ها هنا حكم الاستحالة على حكم الجواز، ويصير هذا العقد كالمستحيل من الطرفين فيبطل، أو يغلب حكم الجواز على حكم الاستحالة فيجوز ذلك، ويصح العقد، كما يصح إذا كان جائزاً من الطرفين جميعاً؟ فمقتضى هذا منع الصلح على الإنكار في حق من غلب جانب الاستحالة على جانب الجواز، وجواز الصلح على الإنكار في حق من غلب جانب الجواز على جانب الاستحالة. وقد ناقض المغلبون لجانب الجواز على جانب الاستحالة المجيزون للصلح على الإنكار أصحابَ الشافعي المغلبين حكم الاستحالة على حكم الجواز بموافقتهم على أن من شهد على رجل أنه أعتق عبده ثم اشتراه منه، أن الشراء لا يبطل، وأنه يعتق على مشتريه، مع كون هذه المعاوضة تستحيل من جهة المشتري الشاهد بالعتق، وَتَجوز من البائع المنكر للعتق. فكون هذا العقد لا يبطل ولا يفسخ يدل على أن الأصل تغليب الجواز على الاستحالة.

وهذا يجيب عنه أصحاب الشافعي بأن هذه الموافقة على هذه المسألة ما

صاروا إليها لأجل تغليب الجواز، وهو مقتضى قول المشهود عليه: إني لم أعتق. فيبقى جَائزاً، ولكن بمقتضى أنه حائز لعبده، والعبد تحت يده، واليد دليل الملك. وشهادة الشاهد عليه قد أسقطها الشرع واطّرحها وأثبت حكم يده، فكان ما أثبته الشرع أوْلى بأن يرجح على ما أسقطه واطّرحه.

ولو شهد رجل آخر أنه أعتق عبده، وشهد المشهود عليه على الشاهد بأنه أعتق عبده، وكل مالك لعبده ينكر العتق، ثم تبايعا أحد العبدين بالآخر، فإنه لا يصح في جانب أحد هذين المتبايعين دعوى الجواز، بل كل واحد منهما يدعي المنع من المعاوضة التي فعلاها، ثم مع هذا تثبت المعاوضة، ثم يؤخذ كل واحد منهما بعد صحة العقد بمقتضى ما زعم من كون العبد لا يصح أن يملك. فالقضاء، ها هنا، بإمضاء العقد لجهة إسقاط الشرع قول الشاهد، وما أسقطه فهو كالعدم.

وقد اشترط بعض أصحاب **مالك** أن المشتري الذي شهد بالعتق لا يلزمه العتق إلا إذا تمادى على صدقه فيما شهد بهٰ بعد أن ملك العبد بالشراء. وقدّر أن قوله قبل أن يملكه لما اطرحه الشرع فكأنه لم يقله. وعلى هذا المذهب يتضح هذا التعليل الذي ذكرناه من اعتبار القول الذي رجحه الشرع دون القول الذي اطّرحه.

وقد قال بعض الناس في الاعتذار عن إمضاء هذه المعاوضة، بأن الذي يبذله الشاهد بالعتق إنما هو كالفداء للحر من يد من يسترقه. وهذا الاعتذار يتصور لو أعتقه المشتري وعلم أنه يعتق عليه وأن شراءه لا ينعقد فيه، فيصير ما بذله كالفداء للحر. وأما إن لم يكن الأمر كذلك فإنه لا يتحقق فيه معنى الفداء على الحقيقة. وإطلاق القول بأن جانب الجواز يغلب على جانب الاستحالة من غير ترجيح لا يصح لأنه يقتضي جواز معاملة الذمي بما يجوز في شرعه ولا يجوز في شرعنا تغليباً لحكم الجواز. وهذا لم يقله أحد.

وقد ناقض هذه الطريقة وهي ترجيح جانب الجائز بعض أصحاب أبي حنيفة بأن الحائز حجته حوزه ويده. وقوله في الشرع مستغنى عنه، لأن الحوز يكفيه، وقول المدعي ينبغي أن يحمل على الصدق، لأن المسلم إذا أخبر بخبر

ظن به الصدق، ما لم يعارضه خبر آخر، وهو قول المدعى عليه، والمدعي مُبطِل قولٍ مستغنى عنه طرحه الشرع في كونه حجة له، فلا يعارض به قول المدعي المحمول على الصدق، فيجب أن يرجح جانب المدعي في إجازة الصلح على الإنكار.

وهذا الذي أشار إليه يلاحظ ما قاله أصحاب **مالك**: إن الحائز إذا أقام بينة على أن ما في يديه ملكه، وأقام المدعي عليه بينة أنه ملكه، فإن بينة المدعي تسمع، لأن بينة المدعَى عليه مستغنى/ عنها في الشرع بالحوز، فلا تعارض بينة المدعي الذي طالبه الشرع بها. وإنما ذكرنا هذا لكونه يلاحظ بعض ما قاله أصحابنا، لا على أنا نعتمد عليه في جواز الصلح على الإنكار.

وقد يستدل أيضاً من منع الصلح على الإنكار وجعله معاوضة عن دفع الشر والأذى بالخصام، فإن ذلك يمنع منه كما يمنع من أخذ الرشوة على ترك السعاية لرجل مسلم إلى السلطان، أو صرف الأذى عنه، لأن بذل المال، على الكف عما يوجب الشرع أن يكف عنه أو على فعل ما يوجب الشرع فعله، لا يجوز. فكذلك الصلح على الإنكار هو بذل مال على الكف عن دعوى المدعي للباطل والتحصن من ضرره وأذاه.

وهذا ينفصل عنه بأن الصلح على الإنكار معاوضة جائزة في حق المدعي في نفسه، وليست معاوضة في حق المدعى عليه، فآخذ المال يعتقد أنه ما أخذه إلا على وجه جائز، وهو دفع العوض عنه من دار ادعاها أو دين ادعى به. وآخذ الرشوة يعتقد أنه أخذها على ما لا يحل له فمنع من الأخذ على مقتضى قوله، ولم يمنع في صلح الإنكار، لأن الذي أخذه جائز له أخذه على قوله.

وقد احتج على أصحاب **الشافعي** بأن المعاوضة في الصلح على الإنكار أن يسلم لهم أنها لا تنصرف إلى معاوضة مال بمال، فإنها تنصرف إلى شراء يمين ودفع خصام. ومن المصلحة للإنسان أن يفتدي بماله من ضرر يلحقه. ولهذا افتدى عثمان وحذيفة بن اليمان من يمين وجبت عليهما، وما ذلك إلا

لأن المال أعد للمصالح، ومن المصالح للإنسان بذله في أن يدفع عن نفسه ضرراً به. وقد قال الله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾[1] وعموم هذا يقتضي جواز الصلح على الإنكار كإسقاط الحقوق والإبراء منها.

ويجيبون هم عن هذا، بأن الإبراء إذا لم يكن عن معاوضة فهو مما ينفرد به صاحب الحق، ولا يقف جوازه وفعله على اعتبار جانب مَن عليه الحق. والصلح على الإنكار، وإن قدّر كالإبراء والإسقاط، فإنه لم يقع إلا عن معاوضة، والمعاوضة لا تكون إلا من الجانبين جميعاً، وحقيقة المعاوضة تستحيل كما تقدم بيانه، وذكرُ ما قالوا في استحالتها.

وقد نوقض أصحاب **الشافعي** أيضاً بجواز خلع المرأة زوجها على مال، وما يأخذه الزوج ليس يبذل عنه عوضاً مالياً ليحصل للمرأة.

وهم يجيبون عن هذا بأن المعاوضة على إسقاط الحق لا يطلق القول بجوازها عموماً، لكن في مواضع دل عليها الدليل، ومن الحكمة والمصلحة أن يباح للمرأة بذل مال للتخلص ببذله من ضرر الزوج، وهو عشرته التي تؤدي إلى سقمها وهلاكها/ ، فلهذا جازت المعاوضة فيه على الإسقاط، ولا توجد مثل هذه الضرورة في الصلح على الإنكار.

وهذا ينتقض عليهم تعليلهم فيه بجواز بذل رجل أجنبي لرجل مالاً على أن يخلع زوجته من عصمته، مع كون هذا الباذل للمال لا ضرر يلحقه من بقاء الزوجة في عصمة الزوج، ثم مع هذا أجيز له بذل المال على إسقاط حق، فكذلك يجوز بذل المال للمدعَى عليه على إسقاط الطالب حقه في دعواه عليه.

ومن أهم ما يناقَضون به جواز صلح المتوسط، فإن **الشافعي** أطلق القول بجواز بذل رجل مالاً ليسقط رجل دعواه في مال على رجل آخر. وهذه معاوضة على الإسقاط للحقوق، فإذا جازت منْ أجنبي فجوازها من المطلوب بالدعوى أولى. وأصحاب **الشافعي** لا يسلمون أن مذهبه جواز صلح المتوسط على

---

(1) النساء: 128.

الإطلاق، ولكن يقولون: إن صلحه في دعواه الأعيان لا يجوز، وإنما يجوز في دعواه الديون، بشرط أن يكون هذا المتوسط يقرّ بأن الصدق في جانب المدعي، وأن المدعى عليه أقر عنده سراً بالحق أو وكله على ما فعل، فتصير المعاوضة من هذا المتوسط كأنها وقعت على بذل مال عوض مال.

ودُفِعوا عن هذا الفرق بين صلح المتوسط وصلح المدعى عليه وهو منكر، بأن المتوسط إقراره لا يتوجه على المدعى عليه، ولا يلزمه منه شيء، فأخذ المال من المتوسط لم يبذل عنه عوضاً ثبت ملكه له ولا وجب استحقاقه له، فوجب أن يمنع من المتوسط كما يمنع من المدعى عليه المنكر للدعوى.

ومما ينبني على النظر في صرف الصلح على الإنكار أن المدعي المعاوضة عن المدعى فيه، أو المعاوضة على إسقاط الطلب باليمين والخصام، وقوع الصلح على الإنكار بشقص من دار. فقد اختلف هل فيه الشفعة أم لا؟ فقال أصبغ: لا شفعة فيه، لأن البذل في الصلح على الإنكار كالهبة من المدعى عليه للمدعي. واستدل على هذا بأن الصلح إذا وقع على وجه حرام فإنه لا ينقض. واستند في هذا أن علي بن أبي طالب رفع إليه صلح على حرام فقال: لولا أنه صلح لنقضته.

والمشهور من المذهب عندنا أن الصلح على الحرام ينقض قرب زمن الصلح أو بعد. وإنما الذي لا ينقض إذا بعُد زمن الصلح الصلحُ على مكروه.

واختلف مطرف وابن الماجشون في نقض الصلح على مكروه، إذا نظر بَحدْثان الصلح. وقد قيل: إن الصلح بشقص من دار فيه الشفعة، وإن وقع الصلح على الإنكار. ويُستشْفَع الشقصُ بقيمة المدعى فيه.

وأنكر بعض الأشياخ هذا، ورأى أن الأولى الصلح بقيمة الشقص، كما تكون الشفعة بقيمته إذا عقد به نكاح.

ورأى بعضهم أن الشفعة تكون بالأقل من قيمته أو قيمة المدعى فيه. وسنبسط هذا في كتاب الشفعة إن شاء الله. وإنما أوردنا ها هنا الخلاف في الشفعة في الصلح على الإنكار، لأنا قدمنا ما قاله النظار في صرف المعاوضة في

الصلح على الإنكار إلى المعاوضة عن نفس المدعى فيه أوجب الشفعة بقيمة المدعى فيه. وهو أحد القولين. ومن صرفه إلى الافتداء من اليمين لم يوجب الشفعة على ما سيبسط القول فيه في موضعه إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال:

أمّا صلح المشتري عن عيب يطّلع عليه بالمبيع قبل أن ينفسخ العقد بالرّدّ بالعيب، فإنّه قد ذكر في **المدوّنة**، فيمن اشترى عبداً بدنانير، فاطّلع على عيب، فصالحه البائع، على أن لا يقوم به، بشيء دفعه. وذكر حكم أنواع ممّا يدفعه البائع في الصّلح عن هذا. ونحن نبدأ قبل ذكر أحكام هذه الأنواع بالتّنبيه على ما تستند إليه فروع هذه المسألة. فاعلم:

أن أصل **ابن القاسم** في هذا الأخذ بالأحوط، وصرف الصّلح عن هذا العيب الّذي ذكرناه في **المدوّنة** إلى كونه استئناف مبايعة ثانية، بعد تقدير كون الأولى قد انفسخت. فيعتبر ما يحلّ ويحرم في هذه المعاملة الثّانية. وتعرض هذا على ما تقدّم في كتاب البيوع، من تحريم ما يوقع في ربا أو بيع وسلف أو فسخ دين في دين.

وأصل **أشهب** أن هذه المعاملة الثّانية، وهو الصّلح، ليس بفسخ العقد الأوّل تحقيقاً ولا تقديراً، وإنّما هو معاوضة عن ترك منازعة وإسقاط حقّ في أن لا يقام بعيب. فيعتبر ما يجوز أخذه عوضاً عن إسقاط هذه المطالبة بالرّدّ، غير ملتفت إلى تقدير كون هذه المعاملة الثّانية استئنافاً لعقد بعد فسخ الأوّل.

وقد كنّا قدّمنا نحن ما يلاحظ هذه الإشارة لمّا ذكرنا اختلاف فقهاء الأمصار على جواز الصلح على الإنكار، وأنّ منهم من أحاله ومنع منه لكون المعاوضة إنّما تقع على عين المدّعى فيه، والمعاوضة عنه تستحيل في حقّ المدّعى عليه، فيجب أن يستحيل في حقّ المدّعي. وأنّ منهم من أجاز الصّلح على الإنكار وغلّب جانب المدّعي في تصوّر المعاوضة منه على جانب المدّعى عليه. وأنّهم عضدوا ذلك بأنّه قد ينصرف الصّلح إلى إسقاط يمين وجبت على

المدّعى عليه وإسقاط خصام. وكذلك/ يصرف **أشهب** ما يفرعه من هذه المسألة في الصّلح عن العيب إلى كونه معاوضة عن إسقاط حقّ في الرّدّ بالعيب. ويصرفه **ابن القاسم**/ إلى معاوضة مستأنفة عن العبد.

وممّا قد يلاحظ أيضاً[1] هذه المسألة اختلاف أهل المذهب في فروع كثيرة بني اختلافهم على النّظر فيمن خيّر بين شيئين، هل يقدّر أنّه مالك لما قدَر أن يختاره أم لا؟ والمشتري لهذا العبد المعيب ملك أن يتمسّك به وملك أن يردّه. فهل يقدّر أنّه مالك لردّه قبل أن يختار ذلك، فيكون الصّلح على ما ملك في هذه العين. أو لا يكون مالكاً إلاّ لما اختار وهو التمسّك بالعبد؟ فإذا تقرّر هذا، عدنا إلى مسألة **المدوّنة** التي مثل بها هذا الأصل. فنقول: لا يخلو الصلح عن العيب من أن يقع بعد أن دفع المشتري الثّمن للبائع أو قبل أن يدفعه. وكلّ واحد من هذين القسمين لا يخلو الصلح فيه من أن يكون بعوض معجّل أو بعوض مؤجّل، وقد فات المبيع أو لم يفت.

فإمّا إذا كان هذا العبد اشتراه مشتريه بمائة دينار، مثلاً واطّلع على عيب وقد دفع المائة دينار، فإنّه يجوز أن يصالحه البائع على هذا العبد لئلاّ يردّه عليه بالعيب، بكلّ شيء يدفعه البائع معجّلاً، سوى أن يدفع ذهباً من غير سكّة الثّمن أو يدفع دراهم كثيرة، فإنّه على أصل **ابن القاسم** يقدّر كأن المشتري ردّ العبد بالعيب، ووجب له على بائع العبد ارتجاع المائة دينار منه. فإذا أخذ من البائع عرضاً أو طعاماً، صار ذلك كأنّه دفع عن مائة دينار وجب عليه ردّها، العبدَ وما دفع في الصلح عن العيب من عرض أو طعام. ومن عليه مائة دينار دَيْناً لرجل فدفع إليه عنها عبداً وطعاماً أو عبداً وعرضاً، لم يمنع ذلك على الإطلاق. لكن إذا دفع إليه في الصلح دنانير من غير سكّة الدّنانير التّي هي ثمن العبد، صار كأنّه أعطاه العبد وعشرة دنانير من سكّة، عوضاً عن مائة دينار وجب عليه أن يردّها للمشتري، وشراء مائة دينار عليه من سكّة بعبد ودنانير لا يجوز، كما تقدّم بيانه في كتاب الصّرف. وإذا صالحه على دراهم كثيرة هي أكثر من صرف دينار

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الأولى: على هذه المسألة.

فدفعها نقداً، **فابن القاسم** منع ذلك. **وأشهب** أجازه.

فأمّا **ابن القاسم** فيقدّر كأنّه إذا صالحه على مائة درهم، فقد دفع إليه العبد ومائة درهم عوضاً عن المائة دينار التّي عليه، فتسعون منها ثمن العبد، والمائة درهم مصارفة عن العشرة الباقية/ من المائة، واجتماع الصرف والبيع لا يجوز عنده إلاّ فيما قلّ قدره.

وأمّا **أشهب** فإنّه أجاز ذلك لكونه لا يمنع من البيع والصرف أن يجتمعا في عقد واحد. ولو منع ذلك لجاز، على أصله أيضاً، لكونه لم ير الصّلح معاوضة عن الثّمن الّذي قبضه البائع، وإنّما يقدّره معاوضة عن إسقاط القيام بالعيب، وأخذ دراهم كثيرة معاوضة عن هذا لا يمنع.

ولو صالح البائع على عشرة دنانير من سكّة الثّمن يدفعها نقداً، لجاز ذلك. ويقدّر أنّه دفع من الثّمن الّذي وجب عليه ردّهُ عشرة دنانير ودفع العبد عوضاً عن التّسعين التّي بقيت عليه.

ولو وقع الصّلح ها هنا بعوض مؤجّل، لمنع جميع ذلك على الإطلاق في سائر الأنواع.

فلو فرضنا أنّ البائع صالح على عشرة دنانير يدفعها للمشتري إلى شهر، لكان ذلك ممنوعاً على أصل **ابن القاسم**، لأنّه يقدّر أنّ البائع فاسخ المشتري في المبيع ووجب عليه ردّ المائة دينار بأسرها، وأخذ عبده فقبل منه/ المشتري تسعين منها معاوضة عن العبد الّذي أبقاه المشتري في يده، بشرط أن يؤخّر البائع بالعشرة الباقية إلى أجل. فيصير هذا بيعاً للعبد بتسعين على أن أسلف المشتري البائعَ العشرة التّي وجبتْ له معجّلة فأخّرها إلى أجل، وتأخيرها سلف منه للبائع والبيع والسلف محرّم. وإذا وقع هذا جرى على أحكام البيع والسلف.

ومقتضى أصل **أشهب** جواز هذا. لأنّ العشرة التّي يدفعها البائع إلى شهر ليست معاوضة عن العبيد[1] ولكنّها معاوضة عن إسقاط القيام به، وذلك جائز.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: العيب.

وكذلك لو صالح على دراهم مؤجّلَة، لجاز ذلك على أصل **أشهب**، لما قلناه، ولم يره صرفاً مستأخراً. ويمنع على أصل **ابن القاسم** لكونه صرفاً مستأخراً، لما قرّرناه صرفاً عن العشرة دنانير التّي ذكرنا.

وكذلك لو وقع الصّلح بعرض أو طعام في ذمّة البائع إلى أجل معلوم، لمنع ذلك عند **ابن القاسم**، لكونه أخذ عوضاً عن بعض ثمن العبد، فيكون تأخيره في الذّمّة فسخ دين في دين. ويجوز على أصل **أشهب** لكونه معاوضة على إسقاط القيام بالعيب لا ثمن بعض الثّمن الّذي وجب ردّه.

هذا حكم هذه الفروع إذا كان البائع قد انتقد الثّمن ثمّ صالح على العيب. وأمّا إذا كان لم يقبض الثّمن، فإنّك أيضاً تعتبر في هذا ما اعتبرناه على أصل/ ابن القاسم من كون هذا الصّلح مبايعة ثانية، فيسلك فيها هذا المسلك فيما يحلّ ويحرم. وعلى أصل أشهب يكون ذلك معاوضة عن إسقاط القيام بالعيب. فتعتبر في ذلك ما تجوز به المعاوضة عن إسقاط هذا الحقّ وما لا يجوز. فإذا صالحه البائع على عرض مؤجّل، جاز ذلك. ويقدّر أنّ البائع دفع إليه العبد والعرض في مائة دينار، فذلك جائز. ولكن يشترط تعجيل الثّمن، لكون المائة دينار التّي يحاول البائع طلب المشتري بها إنّما دفع عنها عوضاً عبداً معجّلاً وعرضا مؤجّلاً، فصارت المائة دينار بعضها رأس مال سلم، وهو العرض المؤجّل، وبعضها ثمن معجّل والسلم لا يحلّ تأخير رأس المال فيه أيّاماً كثيرة، فلهذا قلنا إنّ هذا الصّلح يجوز بشرط ألاّ يؤخّر المشتري دفع الثّمن الّذي عليه أمداً بعيداً، فيكون قا. عقد على دين بدين، وذلك لا يجوز.

وإن صالحه البائع على دنانير ينقدها له، لم يجز ذلك، لأنّه قد أعطى عبداً ودنانير في مائة دينار، يأخذها من المشتري، وبيع عرض وذهب بذهب لا يجوز. لكن لو زاده دنانير على أن يقاصّه بها من الثّمن، جاز ذلك. وكأنّه هضم عنه بعض الثّمن لأجل العيب.

ولو صالحه البائع على تسعين ديناراً يأخذها منه وتبقي عشرة إلى أجل،

لانعكس حكم التّفريع على المذهبين. فيجوز هذا الوجه ها هنا على أصل **ابن القاسم**، لأنّه بنى التّفريع في هذا على تقدير كون العقد الأوّل قد انحلّ وصار الصّلح مبايعة ثانية، فحصل منه أنّه باع عبداً بتسعين ديناراً انتقدها، وبعشرة دنانير مؤخّرة. وهذا لا مانع منه. ويمنع ذلك على أصل أشهب. لأنّه يرى أنّ العقد الأوّل على حاله، لم ينحلّ، وإنّما الصّلح شراء ردّ بالعيب قد وجب للمشتري، فصار البائع كأنّه وجب له مائة دينار بحكم العقد الأوّل، فأخذ منها تسعين وأخّر عشرة إلى أجل، وجعل التأخير عوضاً عن إسقاط قيام المشتري عليه بالعيب، والتّأخير سلف، فصار ذلك سلفاً جرّ منفعة للمسلف، وهو إسقاط/ القيام عليه بالعيب.

وكذلك لو صالح على تسعين ديناراً أو دراهم يدفعها للمشتري مؤخّرة، أو عرضاً مؤخّراً، لجاز ذلك على أصل **ابن القاسم** لما بيّناه. ومنع على أصل **أشهب** لكونه يرى هذا الصّلح لم ينحلّ به العقد الأوّل، وإذا كان لم ينحلّ به، فقد صارت العشرة الباقية من المائة التّي هي بعض الثّمن فسخت في عرض إلى أجل أو في دراهم إلى أجل. لكن لو صالحه على أن يأخذ منه المائة كاملة ويزيده عرضاً إلى أجل[1] دراهم إلى أجل، لعاد المذهبان على ما/ قدّمناهما في هذا.

ولو كانت الزّيادة من جانب المشتري على أن يستردّ منه البائع العبد، لكان التّفريع على ما قدّمناه، ويقدّر المشتري بائعاً للعبد ولما يضيفه إليه من زيادة. فإن كان نقد الثّمن جاز أن يصالحه على ردّ العبد وعبد آخر معه أو عرض آخر، ويكون كبائع سلعتين بمائة دينار ويأخذها من البائع. ولو صالح على دراهم، لاعتبر أيضاً كونها أقلّ من صرف دينار فيجوز، أو أكثر من صرف دينار فيمنع عند **ابن القاسم** لأنّ المشتري يكون قد باع العبد ودراهم معه بالمائة دينار التّي يستردّها من البائع وذلك بيع وصرف. ولو زاد المشتري دنانير، لم يجز ذلك، لأنّه يكون قد باع عبداً ودنانير بدنانير يأخذها من البائع.

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب: أو دراهم.

ولو كان الثّمن لم ينقده المشتري فصالح على دنانير يدفعها للبائع، لجاز ذلك. ويكون قد دفع العبد عن بعض الثّمن، والدّنانير التّي دفعها هي بقيّة المائة التّي كانت عليه.

ولو صالح على عرض مؤجّل، لمنعْ ذلك، لأنّ المشتري يكون قد دفع ذلك في بعض الثّمن، وبقيّة الثّمن فسخه البائع في عرض إلى أجل، وفسخ الدّين في الدّين لا يجوز.

هذا حكم فروع هذا النّوع من الصّلح على العيب. وقد ذكر **أصبغ** فروع هذا الباب ثمّ أتبعها بأن قال: وهذا في عيب ثابت لا خصومة فيه ولا يمترى هل يلزم الرّدّ به أم لا؟ وأمّا لو كان ممّا فيه امتراء، لكان ذلك كالصّلح عن العبد وهو قائم، فيجري فيما يحلّ منه. ويجري مجرى الصّلح عن مبيع قائم.

واستبعد الشّيخ **أبو إسحاق** هذا القول ورأى أنّه إذا قدّر الصّلح كمبايعة ثانية، لم يلتفت إلى العيب، هل هو ممّا يتمارى فيه أو لا يتمارى؟

ونبّهنا نحن ها هنا على اختلاف طريقة **ابن القاسم** و **أشهب** في هذه الفروع، وأحد ما ذكرناه من التفريع كون البائع يصالح على تسعين ديناراً ويؤخّر عشرة إلى أجل. وقلنا: إن **ابن القاسم** أصله إجازة هذا لكونه يرى الصّلح مستأنف. وأصل **أشهب** منعه لكون العقد الأوّل لم ينحلّ فيكون هذا كسلف جرّ منفعة. فيمكن أيضاً أن يقال: فإنّ **ابن القاسم** إنّما يصحّ على أصله هذا التّفريع إذا كان العيب ثابتاً. وأمّا إذا لم يثبت فيحتاط للمنع من سلف جرّ منفعة. ويقدّر أنّ العقد الأوّل لم ينحلّ، لكون العيب لم يثبت.

إلى غير ذلك من الفروع التّي يمكن إجراء قول أصبغ فيها.

فإذا تقرّر أحكام الصّلح على العيب والمبيع لم يفت بل يجب ردّه إذا ثبت العيب، فإنّ العبد لو مات لكان الحكم فيه ردّ قيمة العيب إذا طلب ذلك المشتري وثبت العيب. فلو تصالحا أيضاً على هذا العيب بعد فوات العبد، فإنّ الأصل فيه أن ينظر إلى القيمة الواجبة في عيب العبد، فيجعل ما يدفعه البائع

عوضاً عن/ ذلك. فإن سلمت المعاوضة من الفساد أجزتها، وإن لم تسلم منه منعتها.

فمن وجوه الفساد فيها الصّلح عن هذا العيب قبل أن تعرف قيمته. فقد منع في **المدوّنة** أن يصالح على ذلك إلاّ بعد المعرفة بقيمة العيب، على مقتضى ظاهر كلامه، وساوى بين كون الصّلح يقع في هذا بدنانير أو دراهم أو عروض.

وذكر **أصبغ** أنّ بعض أهل العلم أجاز ذلك قبل المعرفة بقيمة العيب.

وفي **الموّازيّة** جواز الصّلح عن ذلك بدراهم وإن لم يعرف قيمة العيب والثمن دنانير.

ومقتضى هذا، فيما أشار إليه بعض الأشياخ، جواز ذلك في جميع الأنواع التّي يصالح بها على الجملة، كما حكاه **أصبغ** عن بعض أهل العلم.

وقد أشار بعض المتأخّرين إلى أنّ الصّلح عن هذا العيب على دنانير من سكّة الثّمن ينبغي ألاّ يمنع إذا علم على الجملة أنّه دون ما يجب للمشتري من قيمة العيب أو أكثر. وإنّما يمنع إذا شكّ في مقدار ما وقع به الصّلح، هل هو مقدار الواجب، أو تحاكما[1] في قيمة العيب، أم لا؟

وقد قال **أصبغ**: لو كان المشتري لم ينقد الثّمن ومات العبد، فإنّه يجوز التّراضي على حطيطة بعض الثّمن بحسب ما يتّفقان عليه قبل أن يعرفا قيمة العيب. وهذا لا يتّضح فرق بينه وبين المنع كذلك إذا انتقد. لأنّ الأمر في كلا الوجهين يقتضي أخذ معلوم عن مجهول. لكن يمكن أن يكون **أصبغ** أشار إلى كون هذا الّذي يطرح من الثّمن يعلم على الجملة أنّه أكثر من قيمة العيب أو أقلّ، فيكون النّقص البيّن والزّيادة البيّنة هبة لا معاوضة عن أمر مجهول مقداره.

وكذلك لو كان الصّلح على دراهم، إذا قلنا: إنّ الدّراهم والدّنانير ممّا تختلف الأغراض فيهما كما تختلف الأغراض بين الدّنانير والعروض.

(1) هكذا في النسختين، وفيه غموض.

ولو وقع الصّلح ها هنا على عرض يُنقد بعد المعرفة بقيمة العيب، لجاز ذلك. ولو كان يؤجّل، لمنع ذلك، لكونه فسخ دين، وهو قيمة العيب التّي هي دنانير، في عرض إلى أجل.

وكذلك لو وقع الصّلح على دنانير مؤخّرة، لمنع من ذلك أيضاً إذا كانت أكثر من قيمة العيب. لأنّه يكون المشتري إنّما أخّر البائع بما يجب له أن يستردّ منه من قيمة العيب لأجل ما زاده على القيمة، وهذا سلف بزيادة.

وقد أشار بعض المتأخّرين/ إلى إلزام من قال بجواز الصّلح عن العيب، وقد فات العبد قبل المعرفة بقيمة العيب، أن يجيز هذا لكونه يرى أنّ ما أخذه إنّما هو عوض عن الجزء الّذي بقي عند البائع. فكأنّها معاوضة عن عين ذلك الجزء قبل المعرفة بقيمته، وذلك لا يمنع، كما لا يمنع شراء العبد قبل المعرفة بقيمته.

وهذا أمر لا يفيد، لأنّ المحصول في هذا أنّ الجزء الّذي بقي عند البائع قد أخذ عوضه، وحقُّه ألاّ يأخذه، فوجب للمشتري أن يستردّه منه. ولا يمكن أن يقال: إنّه يشتريه الآن منه بعد أن فات العبد، فلا يتصوّر ها هنا ما تخيّله هذا من كون ما يؤخذ ها هنا من العروض إنّما هو بيع للجزء الّذي بقي عند البائع. لكن قد يقال: إنّ من أجاز الصّلح، قبل المعرفة بقيمة العيب، يرى أنّ قيمة العيب أمر لم يدخلا عليه. والشّرع ردّهما إليه مع كونه مجهولاً، وهي جهالة لا يقدران على/ رفعها حين ابتداء الطّلب، فسومح بالمعاوضة عنها، مع كون الصّلح في هذا لا يقع إلاّ على ما هو أقلّ من القيمة بالمقدار البيّن.

وقد ذكر في **المدوّنة** من فروع هذا الباب مسألة من باع طوقاً ذهباً بألف درهم، ثمّ اطّلع على عيب، فصالح البائعَ عن العيب على ألاّ يردّ الطوق عليه، فإنّه إن صالح على دراهم يأخذها عن البائع من سكّة الثمن جاز ذلك، ويقدّر لمّا ردّ بعض الثّمن أنّ المبيع وقع بما بقي من الثّمن، لم يردّ. ولو صالح على دراهم من غير سكّة الثّمن لمنع ذلك، لكونه يقدّر فيه أنّ البائع باع طوق ذهب

ودراهم من سكّة بألف درهم من سكة أخرى، وبيع ذهب وفضّة بفضّة لا يجوز.

وأجاز هذا **أشهب**. واعتلّ بأنّ الصّلح على أن لا يردّ الطوق بالعيب على حسب ما قدّمنا بيانه من مذهبه والتّفريع عليه.

ولو صالح البائع على دنانير، لجاز ذلك. ويقدّر أنّ البائع باع طوق ذهب ودنانير بألف درهم، وذلك غير ممنوع.

وأنكر **سحنون** هذا وقال: مسألة سوء. ومنع الصلح على الجملة، ورأى أنّ بائع الطّوق وإن دفع الآن دنانير، فإنّه كصرف تأخّر بعضه. وذلك أنّه دفع الطّوق بالأمس مثلاً، ودفع اليوم دنانير، وأخذ بالأمس عنهما جميعاً ألف درهم. وتأخير بعض الصّرف لا يجوز. وقد أشار بعض الأشياخ إلى هذا الاعتراض فيما قدّمناه من قولنا، في مسألة العبد إذا اطّلع المشتري على عيب وقد اشتراه بمائة دينار فصالح البائع على دراهم يسيرة، فإنّ ذلك جائز، ولا يقدّر فيه أنّ المائة دينار ثمن لعبد/ قبض بالأمس ودراهم قبضت الآن. فصار أيضاً كمصارفة تأخّر بعضها. وقد كنّا قدّمنا في كتاب الصرف في الدّينار إذا وجد زائفاً فصالح دافعه آخذه بشيء دفعه إليه على ألاّ ينقض الصرف فيه. وذكرنا أنّ أحد القولين المنع من ذلك، لأنّ إجازته تقتضي تأخير بعض ما وقع الصّرف عليه.

وقد أشار بعض الأشياخ إلى تخريج هذه المسألة على هذا. وإليه أشار **سحنون** أيضاً. لكنّ الشّيخ **أبو محمد بن أبي زيد**، رضي الله عنه، أشار إلى افتراق المسألتين بأنّ الطّوق يراد لعينه، والصّرف فيه منعقد لم يبطل بردّه ولا تأخّر بعض الصّرف. وأمّا مسألة الدّينار الزّائف، فإنّ الصّرف لم يقع على دينار بعينه، وإنّما وقع على دينار طيّب. والدّينار الطيّب الّذي عقد الصرف عليه لم يقبض، بل تأخّر قبضه عن العقد، فأخذ الدّينار الرديء وزيادة معه عوضاً عنه تأخير المصارفة، وذلك ممنوع.

وقد كنّا نحن بسطنا القول في هذا في كتاب الصّرف، وذكرنا طريقة بعض

أشياخي في التّفرقة في مسألة الزّائف بين أن يكون الصرف عقد على دنانير معيّنة أو غير معيّنة. وإنّما حذا في هذا حذو الشّيخ **أبي محمّد بن أبي زيد** في هذه المسألة. وأشرنا نحن إلى ما عندنا في ذلك هناك. وأشرنا إلى أنّ أصل **أشهب** الإضراب عن الالتفات إلى هذه الطّرق، وأنّه يرى أنّ الصّلح في هذا على الإنكار ومعاوضة على ألاّ يردّ بالعيب. ولهذا نصّ ها هنا في مسألة الطّوق على جواز الصّلح بسكّة غير سكّة الدّراهم. **وابن القاسم**/ يجيز ذلك إذا كان بسكّة الدّراهم الّتي هي الثّمن، ويمنع إذا كان بخلاف السكّة. **وسحنون** يمنع ذلك في الوجهين، لما أشرنا إليه من كونه يرى ذلك يجري مجرى تأخير بعض الصرف.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال:

إذا صالح بعض الأشراك في أنواع المال بقيّة أشراكه على أخذ نصيبه من أحد أنواع الأموال المشتركة، فإنّه قد ذكر في **المدوّنة**، في مثال هذا، مسألة من توفّى عن زوجة وأولاد، وترك دنانير ودراهم حاضرة، وعروضاً حاضرة وغائبة، وعقاراً. فإنّ المرأة إذا صالحت على أخذ مقدار نصيبها من الدّنانير خاصّة فإنّ ذلك جائز إذا أخذت ذلك من عين الدّنانير الّتي تركها الميّت. وإن صالحت على أخذ مقدار نصيبها من الدّنانير، ولكنّها لم تأخذ ذلك من عين الدّنانير الّتي تركها الميّت، وإنّما أعطاها ذلك الورثة من أموالهم، فإنّ ذلك لا يجوز. هذا مذهب **ابن القاسم**. وأجاز ذلك **أشهب**.

وقد استبعد المتأخّرون من الأشياخ هذا/ الّذي قاله **أشهب** ورواه أنّه يهدم أصولاً اتّفق عليها **مالك** وأصحابه، وغيرهم من الشّافعية والحنفيّة.

فمن ذلك جواز بيع دينار بدينارين، وهذا لم يقل به أحد من فقهاء الأمصار. وكذلك ألزموهُ أن يجيز بيع عرض وذهب بذهب. وهذا يمنع منه **مالك والشافعي**.

وصوّروا هذا الإلزام من جهة كون المرأة إذا أخذت عشرة دنانير من ثمانين ديناراً من نفس الثّمانين دينارا كانت واهبة لنصيبها في بقيّة أنواع الأموال،

وهو الثّمن من جميع ما عدا الدّنانير، والهبة ممّا يجوز لها أن تفعله. فإذا أخذت العشرة دنانير من مال الورثة، صارت قد أخذت من مالهم عشرة دنانير عوضاً عن العشرة التي تستحقّها من عين الثّمانين ديناراً، التّي ترك الميّت، وعوضاً ممّا تستحقّه من ثمن الدّراهم والعروض والرّباع. وذلك بيع ذهب بذهب وعروض معه، وذلك تفاضل بين الذّهبين لأجل ما أضيف إلى أحدهما.

فإذا أجاز **أشهب** هذا مع ما فيه من التّفاضل، لكونه يقدّر ما زاد على ما باعته من مقدار حقّها من عين الدّراهم التّي تركها الميّت هبة للورثة فيلزمه على هذا أن يجيز ديناراً بدينارين، ويقدّر أحد الدّينارين هبة منه. وكذلك يقدّر ذلك في بيع عرض وذهب بذهب، لا سيما وقد فتح **أشهب** باب هذا الالتزام لمّا حاجّ المخزوميّ لمّا أجاز بيع عبد بعبدين، أحدهما نقداً والآخر إلى أجل، فألزمه **أشهب** أن يجيز ديناراً بدينارين أحدهما نقد والآخر إلى أجل.

وهذا الّذي ألزمه **أشهب** تعسّف فيه على **المخزوميّ** عندي، لأجل أنّ الدّنانير لا يحلّ التّفاضل فيها بنصّ النبيّ ﷺ على ذلك في الأحاديث الثّابتة، والرّبا في العروض والعبيد يجيزه بعض فقهاء الأمصار، ولو كان في النّساء والتأخير فشتّان ما بين الأمرين.

كما أنّ الأشياخ أيضاً تعسّفوا في إلزام أشهب ما ألزموه، لأجل أنّ مبايعة دينار بدينارين أو عرض وذهب بذهب ابتداءً لا ينصرف إلاّ إلى المبايعة والمعاوضة التّي مبناها على المكايسة. وفي مسألة المرأة قد ينصرف ما فعلوه إلى القصد إلى التخلّص منها بالإسراع بدفع حظّها إليها من مالهم، لكون ذلك أخفّ وأيسر عليها وعليهم.

وأمّا إذا صالحت على أحد عشر ديناراً من عين الدّنانير التّي/ ترك الميّت، فإنّ ذلك يقدّر فيه أنّ الدّينار الزّائد علي العشرة دفع عوضاً عن/ دراهم وعروض. فيجوز ذلك على المشهور من مذاهب من منع اجتماع الصرف والبيع، لكون هذه المصارفة وقعت مع المبايعة في دينار واحد، وذلك مستخفّ

ليسارته. وإن كان قد وقع في **الموّازيّة** منع ذلك، إلاّ أن يكون نصيبها من الدّراهم الدّرهمين والثّلاثة، بناء منه على أنّ الصّرف والبيع في الدّينار إنّما يجوز إذا كان الصّرف منه هو القليل، على حسب ما بيّناه في كتاب الصّرف. أمّا إن صالحت على أكثر من أحد عشر ديناراً، فإنّه يتّضح في هذا أنّه بيع وصرف. فيجيزه من أجاز البيع والصرف ويمنعه من منع ذلك. وإذا أجزنا اجتماع البيع والصّرف، أو صوّرنا كون هذه التّركة لا دراهم فيها حتّى يرتفع حكم اجتماع البيع والصّرف، فإنّ هذه المصالحة جائزة على الإطلاق عند **ابن القاسم** إذا لم يكن في التّركة دراهم. واشترط **ابن الموّاز** في جواز ذلك أن تكون المرأة أخذت جميع الدّنانير المتروكة ولم يبق منها بقيّة. وقدّر أنّها إذا أبقت منها بقيّة، مثل أن تكون أخذت من الثّمانين عشرين ديناراً، فإنّها إنّما تستحقّ من العشرين التّي أخذتها الثّمُن من كلّ دينار، وسبعة أثمان كلّ دينار إلى الورثة. فاشترت هذه السبعة أثمان منهم بما بقي لها في الستّين ديناراً وهو الثُّمُن من كلّ دينار، والثُّمُن من العروض. فصار محصول هذه المعاوضة بيعها ذهباً وعرضا بذهب وذلك ممنوع.

وابن القاسم لم يشترط هذا لكونه يرى أنّ العشرين التّي أخذت من عين الثّمانين ديناراً عشرة منها هي نصيبها، والعشرة الأخرى هي تمام العشرين باعت سهامها في العروض، وذلك لا مانع يمنع منه. كما لا يمنع أن تأخذ عشرة دنانير من عين الدّنانير، وتترك ما سوى ذلك.

وقد نوقض **ابن الموّاز** بموافقته في ظاهر كلامه على جواز أخذها عشرة دنانير من عين الثّمانين ديناراً، مع كون ما صوّره في العشرين يتصوّر ها هنا، بأن يقال: إنّما تستحقّ من كلّ دينار من العشرة دنانير ثُمُنه وسبعة أثمان كلّ دينار من العشرة للورثة. فاشترت منهم هذه السبعة أثمان بما سلّمت لهم أيضاً من الثُّمُن الّذي يبقى في بقيّة الدّنانير، والثّمن في العروض. وهذا عندي قول لا يلزمه. لأنّ من له شرك في دنانير كثيرة الحكم أن تجمع الأجزاء التّي استحقّها من كلّ دينار في دنانير معدودة تميّز له. فإذا أخذت المرأة عشرة دنانير، فقد

جرى الأمر على الأصل في الحكم بجمع الثُّمن/ [1] من كلّ دينار من الثّمانين ديناراً في عشرة دنانير. فإذا انضاف إلى ذلك مبايعة بالعشرة الثّانية، حسن ها هنا أن نسحب على الكلّ أحكام المبايعة تغليباً لما لا يجوز على ما يجوز. كما يغلب ذلك في صفقة جمعت حلالاً وحراماً، فإنّا نفسخ جميعاً. فإذا لم تأخذ إلاّ عشرة، لم يقع منهم ولا منها ما يدلّ على قصد المبايعة، فوجب ألاّ يمنع من ذلك، لا سيما إذا قلنا بأنّ الأصل جمع الأجزاء في دينار واحد، كما قلنا، في المشهور من المذهب، فيمن وجد درهماً زائفاً وقد صرف دنانير، فإنّه إنّما ينتقض صرف دينار/ واحد. لأنّه، وإن كان هذا الدّرهم يقابله جزء من كلّ دينار، فإنّ هذه الأجزاء تجمع في دينار واحد، فيقع الفسخ فيه. ولهذا لم يشترط **ابن القاسم** ما اشترطه **ابن الموّاز**. ولعلّ **ابن الموّاز** لحظ، فيما قال، أحد القولين في أنّ الصّرف كلّه ينتقض بناء على أنّ أجزاء الدّنانير لا تجمع في دينار واحد، لا سيما إذا قلنا: إنّ القسمة تمييز حقّ، فإنّ المرأة إذا أخذت عشرة دنانير من عين الثّمانين ديناراً فإنّها لم يقع منها مبايعة أصلاً على حال على هذه الطريقة من كون التّسْمِيَة[2] تمييز حقّ.

وعلى الطّريقة الأخرى أنّها بيع من البيوع قد ينظر فيما نوقض به **ابن الموّاز** على أنّ ما زاد على العشرة دنانير مبايعة قد اتّفق على كونها معاوضة، والعشرة دنانير مختلف فيها، هل هي تمييز حقّ أو مبايعة. وما اختلف فيه أضعف ها هنا ممّا اتّفق عليه.

ولو كان في التّركة شيء غائب فصالحها الورثة على دنانير يدفعونها إليها من مالهم، فإنّ ذلك لا يجوز، من أجل كون ما بيع مع الدّراهم والدّنانير لا يجوز فيه التّأخير.

وأمّا إن وقع الصّلح على عرض، فإنّ الحكم في ذلك يؤخذ ممّا قدّمناه في أحكام بيع الغائب. فينظر في الّذي غاب، فإن كان قريب الغيبة بحيث يجوز

---

(1) صفحة 515 من نسخة المدينة غير موجودة. وكرّرت عوضها ص 516.

(2) هكذا في النسختين والأولى: كون القسمة.

اشتراط النّقد فيه، ويكون ضمانه من مشتريه، فإنّه يحكم فيه بحكم التّركة كلّها حاضرة. وأمّا إن كان بعيد الغيبة، والغائب من التّركة هو أكثرها، فإنّ هذا العرض الّذي وقع به الصّلح يوقف جميعه حتّى يصير الغائب في حكم المقبوض. فأمّا وقف ما قابل الغائب منه، فإنّ ذلك يتّضح، لكون الغائب البعيد الغيبة لا يجوز شرط النّقد فيه، على ما تقدّم بيانه في كتاب بيع الغائب، وأمّا ما ينوب من التّركة فإنّه يمنع أيضاً من اشتراط نقده لجواز أن يهلك ما غاب من التّركة، وهو جلّها، فيقتضي ذلك حلّ العقد في الأقل، لكون استحقاق جلّ الصفقة يمنع من/ إلزام المشتري أقلّها. وأمّا إن كان ما غاب من التّركة هو الأقلّ منها، فإنّ الّذي ينوب الحاضر منها من العروض الّذي دفع للمرأة يستحقّ قبضه. ويختلف فيما ينوب من هذا العرض الأقلّ الّذي غاب من التّركة. فمن ذهب إلى أنّه إذا استحقّ الأقلّ من الصّفقة، لم يرجع في عين العرض الّذي اشترته به، وإنّما يرجع في قيمته، جاز نقد جميع العرض، ولم يصحّ ها هنا اشتراط وقف هذا المقدار من العرض الّذي يقابل الأقلّ الّذي غاب، لأنّ العرض المعيّن إذا عُقِد البيع به، وتسليمه لمشتريه يجوز ولا يمنع منه الشّرع، فإنّ اشتراط إيقافه أجلاً بعيداً لا يجوز. وإنّما يصحّ البيع للسلع الغائبة بعروض حاضرة يجب وقفها، لأجل أنّ المتعاقدين لا يجوز لهما اشتراط النّقد، فصار كالمغلوبين شرعاً على التّأجيل فيه.

ولو كان في التّركة ديون ومن عليه الدّيون حاضر مقرّ، فإنّه يجوز للورثة أن يدفعوا للمرأة قدر ميراثها من الدّيون، سلفاً منهم لها، ليرجعوا بذلك عليها إذا تعذّر عليهم القبض من الغرماء. وأمّا إن دفعوا ذلك إليها على جهة الحوَالة منها لهم، فإنّ **ابن القاسم** يمنع من ذلك، لكونه يرى الحوالة بيعاً، فيحصل من ذلك بيع دين بدين. **وأشهب وسحنون** يجيزان الحوَالة في هذا إذا لم يقصد دافع/ الدّنانير منفعة نفسه.

ولو كانت الدّيون طعاماً من قرض أو من بيع، لجرى الأمر فيها مجرى ما ذكرناه من الدّيون إذا كانت دنانير.

وأمّا لو كانت الدّيون طعاماً من سلم، لم يجز للورثة فيه دفع شيء من الأعواض عنه إلاّ أن يكون ذلك على جهة التّولية.

وهذا كلّه تعرف أحكامه من مواضعه التّي سلف ذكرها فيما تقدّم من كتاب البيوع.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

ذكر في **المدوّنة** فيمن ادّعى على رجل بمائة درهم فأنكرها المدّعى عليه، ثمّ صالح المدّعي على خمسين درهماً منها إلى أجل، أنّ ذلك جائز. وفي **الموّازيّة** أنّ ذلك لا يجوز.

وقد اشترط **مالك** في **المدوّنة** في جواز هذا التأجيل كون المدعى عليه مقرّاً. وهذا قد يشير إلى أنّه يمنعه إذا كان منكراً.

وسبب هذا الاختلاف ما كنّا قدّمناه في صدر هذا الكتاب من الالتفات إلى مقتضى الصّلح على قول المدّعي والمدّعى عليه. وقد علم أنّ الصّلح إذا كان لا فساد فيه على قول المدّعي والمدّعى عليه، فإنّه لا وجه للمنع منه. وهذا يتصوّر في الصّلح على الإقرار وفي بعض مسائل الصّلح/ على الإنكار.

وإن كان لا يجوز على مقتضى قول المدّعي والمدّعى عليه، فإنّهما يمنعان منه، وإن وقع ذلك، فسخ عليهما. مثل أن يدّعي رجل أنّ له عنده عشرة أرادب قمحاً سلماً. ويقول الآخر: بل هي تمر. فيصطلحان على عشرة أرادب من شعير أو فول مؤجّلة، فإنّ ذلك صلح فاسد على قول المدعي أنه أسلف في قمح، لكونه باع طعاماً قبل قبضه وفسخ ديناً في دين، وهو أيضاً فاسد على قول المدّعى عليه، لأنّه أعطى في تمر حالّ عليه شعيراً إلى أجل. فقد فسخ الدين في الدّين أيضاً. فهذا لا يجوز ويفسخ عليهما.

ولا يسلّم فيه كون **أصبغ** يجيزه لمّا قال: إنّ الصّلح على الحرام لا يفسخ، كما تقدّم ذكرنا ذلك عنه وذكر ما احتجّ به. لأنّه قد يريد صلحاً حراماً على

مقتضى قول أحد الخصمين. مثل أن يدّعي بعشرة أرادب قمحاً فينكرها، ثمّ يصالحه على عروض إلى أجل، فإنّ ذلك على قول المدّعى عليه لا حرج فيه، لأنّه يزعم أنّ دعوى المدّعي باطلة، وإنّما التزم عروضاً إلى أجل وقاية من شرّ المدّعي وطلبه له بطلب اليمين. وذلك على قول المدّعي لا يجوز، لأنّه يعتقد أنّ الّذي له في ذمّة المدّعى عليه دراهم أو طعاماً ففسخه في عرض أو في طعام إلى أجل. فها هنا يمكن أن يقول أصبغ: إنّ هذا لا يفسخ لكونه لا حرج فيه على المدّعى عليه.

ورأى بعض الأشياخ إصلاح هذا الفساد بعد إمضاء الصّلح، بأن يأمر ببيع العروض إذا قبضت لمّا حلّ أجلها، فإذا صارت ثمناً اشترى من ذلك الثّمن ما ادّعاه المدعي، فإن قصر عنه كان جائحة عليه، وإن أربى على ما ادعاه ردّ ما فضل من الثمن للمدّعى عليه، لكون المدّعي يقرّ أنّه قد وصل إليه جميع ما ادّعاه فلا حقّ له في الفضلة. وهذا الّذي قاله احتياط لحقّ الله، سبحانه، في المنع من الوقوع في الحرام الّذي نهى عنه، مع التلطّف في وصول المخلوق إلى حقّه. وهذا لم يشترطه أصبغ في إمضاء الصّلح على الحرام. ولعلّه منعه من سلوك هذه الطّريقة أنّ فيها ظلماً على المدّعي. لأنّه يقول: مقتضى هذا الرّأي أن يحال بيني وبين هذه العروض قبل أجلها، لكونكم شرطتم تأخيرها إلى الأجل لتباع، وأنا لم أرض بإسقاط/ اليمين إلاّ على تملك هذا الّذي صالحته عليه تملّكاً لا حجر فيه عليّ، ولا يلزمني ركوب المشقّة في بيعه واقتضاء ثمنه. فإن روعي حقّ الله، سبحانه، فينبغي أن يراعَى حقّي في ألاّ ألتزم خلاف ما دخلت عليه. فيقتضي هذا فسخ هذا الصّلح كما قاله بعض أصحاب مالك.

فإذا تقرّرت هذه الأقسام، فالمسألة التّي ذكرناها عن/ **المدوّنة** وجّه الأشياخ مذهب من منع من الصّلح على تأجيل بعض الدّراهم المدّعى فيها لكون ذلك يقتضي سلفاً جرّ منفعة. ووجه المنفعة في هذا كون المدّعى عليه قد يحلف فيبرأ، وقد يردّ اليمين على المدّعي، فيكره اليمين، فيُسقِط ما كره من ذلك بتأجيل ما يقول: إنّه دين حال. ويصير التّأجيل سلفاً منه. والمنفعة التّي

ينالها من هذا السلف ألاّ يردّ المدّعى عليه اليمين.

وكذلك لو قام للمدّعي شاهد، فصالح على إسقاط اليمين فيه بالتّأجيل، فإنّ ذلك لا يجوز على هذا التّعليل. والمنفعة ها هنا في إسقاط يمين وجبت عليه أوْضح منها فيما يترقّبه من ردّ يمين عليه. وكلاهما ممنوع على هذا المذهب.

وأمّا القول الآخر بإجازة هذا التّأجيل، فإنّه يرى أنّ اليمين ليست بمال، وإنّما هي تعبّد من الله سبحانه والمطلوب بها يعتقد أنّه مظلوم، والطّالب يقول: إنّي غلبت على تأجيل بعض حقّي. فلا وجه للمنع.

ولو صالح عن هذه الدّراهم المدّعى فيها بعروض إلى أجل، لاتّضح الفساد على قول المدّعي، لكونه فسخ ديناً في دين على مقتضى دعواه، فلا يحلّ له ذلك. بخلاف تحصيل إسقاط يمين عنه، يعتقد أنّه مظلوم فيها إن طلب بها.

وقد وقع **لابن القاسم** فيمن ادّعى على رجل بمائة درهم فأنكرها، ثمّ قال المدّعى عليه للمدّعي: أجلني بخمسين منها وأنا أقرّ لك بدينك: إن ذلك لا يجوز. ولكنّه إن وقع لم يطلب المدّعى عليه بهذا الإقرار، لكونه يشترط من التزامه التّأجيل بالخمسين درهماً. فإذا لم يصحّ له التّأجيل، بطل عنه الإقرار وعاد إلى الخصام. وهذه إشارة إلى ما قدّمناه الآن في القدح فيما قاله بعض الأشياخ من بيع ما وقع الصلح عليه على وجه فاسد.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

إذا كان شريكان في دين على إنسان، فاقتضى أحدهما جميع حقّه من الدّين، أو بعضه، أو صالح عليه، فإنّ ذلك لا يخلو من أن يكون وقع ذلك منه بإذن شريكه ورضاء من أباح له أن ينفرد له بذلك دونه، أو وقع ذلك بغير رضى شريكه ولا إذنه. وهذا أيضاً على قسمين: أحدهما أن يكون ذلك بعد أن أذن له القاضي لمّا رفع ذلك إليه، وأعذر إلى شريكه في الاقتضاء معه، فامتنع عليه، أو اقتصر هذا المقتضى لحقّه على إعلام شريكه والإشهاد عليه بذلك، فلم

يخرج معه للاقتضاء. فأمّا إذا كان أعلم شريكه بذلك وأذن له في الاقتضاء/ دونه ورضي له بأن ينفرد بما اقتضاه من حقّه، فإنّ ذلك يمنع هذا الشّريك الّذي لم يقتض من الدّخول على شريكه فيما اقتضاه ومشاركته فيه، ولو افتقر الغريم أو فلس. لأنّ ذلك إذا كان عن إذن الشّريك كالمقاسمة بين هذين الشّريكين. والحقّ الشّائع إذا تقاسم فيه الشّريكان وتميّز لكلّ واحد منهما نصيبه، [تصرّف يه كيف شاء، ولم][1] يكن لشريكه حقّ في التّحجير عليه، أو مشاركته في التّصرّف./ فكذلك الدّين ها هنا إذا أذن الشّريك لشريكه في الاقتضاء دونه، يقدّر ذلك كأنّ ذمّة الغريم كانت شائعة بينهما، فليس لأحدهما أن ينفرد بأمر متميّز فيما حقّهما فيه على الشّياع، إلاّ أن يقتسماه. والإذن ها هنا كالاقتسام كما بيّناه.

وكذلك إذا لم يأذن الشّريك لمّا أعلمه شريكه واستأذنه، فرفع إلى السلطان، فقضى السلطان بالإذن في الاقتضاء لهذا الذي رفع إليه لما أَلَدَّ شريكه وامتنع عليه، فإنّ ذلك كحكم القاضي بالمقاسمة أيضاً.

وإن اقتصر على إعلام شريكه، ولم يساعده على الخروج معه للاقتضاء، وأشهد عليه بذلك، فظاهر **المدوّنة** أنّ ذلك كالمقاسمة أيضاً. وينفرد هذا المقتضي بما اقتضاه ولا يدخل فيه معه شريكه.

لكن أشار بعض الحذّاق من الأشياخ إلى حمل هذه الرّواية على أنّه أراد بقوله: فلم يساعده على أن يخرج معه. أنّه رضي له بأن ينفرد بالاقتضاء. وهذا التأويل لا يشكّ في صحّة الجواب إذا كان هو المراد بالرّواية.

وقد وقع **لابن القاسم** في هذا أنّه إذا استأذنه وأشهد عليه، فلم يخرج، أنّه رضى منه بأن ينفرد بالاقتضاء. وأنّه أيضاً لو رفع الأمر إلى السلطان، لأذن له في الانفراد بالاقتضاء.

وهذا الّذي قاله من تقرير امتناعه من الخروج مع شريكه رضى منه بأن ينفرد شريكه بالاقتضاء شهادة بمقتضى عادة. وقد لا تسلم هذه الشّهادة بالعادة.

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب: وتصرف به كيف شاء، لم يكن.

ويمكن أن يلدّ عن الخروج اعتقاداً منه أنّه يدخل معه فيما اقتضى. ولهذا تأوّل من ذكرنا من المتأخّرين ما وقع في **المدوّنة** على أنّ الشّريك الّذي استؤذن رضي بأن ينفرد هذا بالاقتضاء. وأشار إلى ثبوت ذلك ووقع منه نطقاً أو مفهوماً.

لكن أشار **ابن القاسم** في هذه الرّواية إلى تعليل آخر، وهو كون هذا الشّريك لو رفع الأمر إلى القاضي، ما فعل القاضي أكثر ممّا فعله هذا المقتضي لحقّه. وأجرى فعله مجرى فعل القاضي. وقد وقع في المذهب فروع تنبّه على الاختلاف فيمن فعل فعلاً لو/ رفع للقاضي، لم يفعل سواه، هل يحمل فعله محمل فعل القاضي أم لا؟ وهذا الّذي نحنُ فيه منه.

وأمّا إن اقتضى دون أن يُعلم شريكه ويُعذر إليه في الخروج بالاقتضاء، فإنّ المعروف من المذهب أنّ شريكه يدخل معه فيما اقتضاه. وهذا لما قدّمناه من كون الدّيون التي في الذّمّة حقّ كلّ واحد منها غير متميّز في الذّمّة من حقّ صاحبه، كعرض مشترك بينهما متى تصرف فيه أحدهما بشيء كان لصاحبه أن يجيز فعله ويشاركه في التّصرّف الّذي تصرّف فيه.

لكن حاول بعض المتأخّرين أن يجعل في هذا قولاً آخر، وجعل المذهب على قولين. وخرّج هذا من مسألتين. إحداهما ما ذكر في **المدوّنة**، فيمن قتل رجلاً عمدا وله وليّان، فصالح أحدهما من حقّه في الدّم على عبد، فإنّه قال: يدخل الوليّ الآخر معه في هذا. قال: وقال غيره: لا يدخل معه. فأشار إلى أنّ قول الغير: لا يدخل معه. يقتضي ألاّ يدخل معه في سائر الدّيون الّتي اشتركا فيها إذا انفرد أحدهما باقتضاء شيء منها في نصيبه.

وهذا التّخريج قد يقدح فيه بأنّ دم العمد ليس بمال، لا سيما على أحد القولين في أنّ أولياء القتيل ليس لهم إجبار القاتل على أداء الدّيّة. وإنّما تؤخذ الدّيّة بالتّراضي من القاتل وأولياء القتيل، والدّم الّذي تعلّق حقّهم به ليس بمال/ ولا يقدرون على تصييره مالاً إلاّ برضا القاتل. ولا يشبه الأموال المحقّقة الّتي في الذّمم، وهي مشتركة بين شريكين، يكون من حقّ أحدهما أن يمنع الآخر من عيب هذه الذّمّة ووهنها وتعريضها للفقر بما يقتضي منها مّما هو مشترك بينهما.

والدّيّة لا يصحّ فيها هذا التقدير، إذ لا يملك الأولياء أخذ الدّيّة بغير رضى القاتل. فإنّهم لا يتعيّن ملكهم له دون ما سواه، بل هم مخيّرون بين أخذ الدّيّة أو القتل. وإنّما هم قادرون على أن يملكوا هذا المال الّذي هو الدّيّة. ومن قدر أن يملك مالاً فلا يعدّ مالكاً، على إحدى الطّريقتين عندنا.

لكن إنّما يقوّي هذا التّخريج عند من خرّجه كون ابن القاسم لا يرى الدّيّة تؤخذ إذا أبى منها القاتل. مع كون هذا الّذي ذهب إليه يبعد كون العبد إنّما أخذ عن مال. ثمّ مع هذا قال: إنّ أحد الوليّين يدخل مع الآخر في هذا العبد. فدلّ ذلك على أنّ هذا الّذي أشرنا إليه من القدح في هذا التّخريج لا يلتفت عنده إليه. وقد أغلى الشّيخ **أبو إسحاق** في صحّة هذا التّخريج بأنّ/ العافي عن الدّم أفسد الدّم على أخيه، وأخذ عوض هذا الإفساد مالاً أَوْهَنَ به الذّمّة. وأنكر احتجاج من قال في **المدوّنة** أنّه لا يدخل أحد الوليين على الآخر فيما صالح به عن العفو عن الدّم. كما لا يدخل أحد الشّريكين على شريكه في عبد باع نصيبه منه، لكون الشّريكين في العبد لم يدخل أحدهما على الآخر شيئاً، ولا أخلى ذمّة مشتركة. بخلاف صلح أحد الوليّين الّذي أفسد بصلحه المال وأوهن الذّمّة. وقد ذكرنا ما يمكن أن يقال في منع هذا التّخريج. لا سيما **وأشهب** يجيز العفو عن دم العمد، وإن وقع في المرض على ما سنبيّنه فيما بعد.

وأمّا المسألة الثّانية فهي ما ذكر في كتاب السلم في **المدوّنة** في رجلين أسلما إلى رجل في طعام فأقاله أحدهما من نصيبه، فإنّه أجاز ذلك. قال: ولا حجّة لشريكه عليه في ذلك. فنفى ها هنا دخول الشّريك على شريكه في الدّيون المشتركة. لأنّهما قد استحقّا جميع هذا الطّعام في ذمّة الغريم. فأخذ أحدهما عوضه وهو رأس ماله فيه. وذلك أيضاً ممّا يوهن الذّمّة ويضعفها. ثمّ مع هذا لم يجعل لشريكه مشاركة فيما أخذ. والمذهب فيمن أخذ عين حقّه في الدّين أو أخذ عوضاً عنه، فإنّ لشريكه مشاركته في ذلك إذا لم يستأذنه. ولهذا أنكر **سحنون** هذه المسألة.

وقد أكثر الأشياخ الكلام على هذه المسألة. فمنهم من ذهب إلى أن لا اعتذار عمّا وقع في هذه المسألة وقدّرها قولاً آخر في أنّ الشّريك لا يدخل على شريكه جواباً عامّاً في مسائل هذا الباب. ومنهم من منع تخريج الخلاف في هذا الأصل من هذه المسألة، واعتذر عنها بأنّ إثبات دخول الشّريك على شريكه في هذه الإقالة يؤدّي إلى فسادها. وإذا أدّى ذلك لفسادها، بطلت في نفسها. وبطلانها يمنع من ثبوت حقّ الشّريك فيها. إذ من شرط ثبوته له أن تكون الإقالة ثابتة في نفسها. واختلفت إشارة هؤلاء إلى طريق الفساد بدخول الشّريك على شريكه ها هنا. فمنهم من أضاف ذلك إلى أنّها إقالة فيها خيار للشّريك الّذي لم يقل، هل يمضيها على ما هي عليه، أو يردّ ما تعلّق له من حقّ برده فيها؟ وإثبات الخيار في/ مثل هذه الإقالة يفسدها. ومنهم من أشار إلى أنّ الّذي أقال إذا شاركه فيها[1] أخذ صاحبه الّذي أسلم معه، صارت إقالته من بعض ما يستحقّه من السلم، والإقالة من بعض ما يستحقّه من السلم لا تجوز. لا سيما إذا قلنا ها هنا: إنّه يرجع شريكاً لصاحبه الّذي/ لم يقل فيما في ذمّة الغريم الّذي عليه السلم.

ومنهم من اعتذر عن هذه المسألة من طريقة أخرى، ورأى أنّ الّذي عليه الطّعام إذا أقاله أحد الشّريكين، فإنّه يحلّ محلّ الشّريك الّذي أقاله في الطّعام الّذي هو سلم في ذمته. فيصير ذلك كتولية الشّريك لرجل بقدْر رأس ماله في هذا الطّعام، وذلك غير ممنوع. ولا موجب لدخول شريكه عليه فيما أخذه في التّولية. ولا تقدّر هذه الإقالة كبيع لنصيبه من الدّين وصلح عنه فيجب دخول شريكه عليه، لأنّ بيع الطّعام قبل قبضه ممنوع.

إلى غير ذلك من الاعتذارات التّي ذكروها ونقلناها نحن عنهم فيما أمليناه في السلم الثّاني. وذكرنا هناك الّذي عندنا نحن في هذه المسألة.

فإذا وضح هذا ووجب مشاركة الشّريك لشريكه فيما اقتضاه من الدّين،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فيما.

فإنّا نذكر ها هنا صفة الدّين التّي تجب المشاركة فيه.

فالدّيون التّي بين الشّريكين لا يخلو من أن تكون ثمن سلعة اشتركا فيها ثمّ باعاها بثمن معلوم؛ أو مال اشتركا فيه ثمّ أقرضاه لرجل. أو يكون ذلك ثمناً لمال لم يشتركا فيه، كسلعتين ينفرد كلّ واحد منهما بملكها، ثمّ يجمعانهما في البيع من رجل صفقة واحدة، على القول بجواز جمع السلعتين في البيع، وهما ملك لرجلين. ثمّ لا يخلو كلّ قسم من هذه الأقسام من أن يكتب الرّجلان بينهما هذا على من هو عليه في كتاب واحد، أو يكتباه في كتابين، أو لا يكتبانه أصلاً.

فأمّا إذا كان الدّين ثمنَ سلعة اشتركا فيها، وكتبا ثمنها على المشتري في صحيفة واحدة، أو كانت بينهما دنانيرهما فيها شريكان، فأقرضاها لرجل واحد وكتباها عليه في كتاب واحد، فإنّ هذا هو الّذي فرغنا من حكاية المذهب فيه، وأخبرنا أنّ المنصوص في المذهب إيجاب دخول أحد الشّريكين على الآخر إذا اختار ذلك. والقول المخرج في هذا من أنّه لا يدخل عليه. وقد حكيناه أيضاً. ووجه هذا أنّ المال إذا كان مشتركاً وعاملا فيه رجلاً واحداً وهما على الشّركة فيه، وأكّدا ذلك بأن كتباه في كتاب واحد، فإنّ ذلك يقتضي استحقاق ذمّة لهما على المساواة والشّياع فيها، فليس لأحدهما أن ينفرد بما يضرّ شريكه فيما اشتركا فيه بما يوهن ذمّة الغريم ويخلّيها من مقدار ما قبضه، فتقلّ الثّقة بمعاملته فيلحق شريكه ضررٌ في هذا الّذي اشتركا فيه، فيكون من حقّه أن يرفع الضّرر عن نفسه بالمشاركة فيما أخذه الشّريك لنفسه حتّى يكونا قد استويا فيما/ خلت الذّمّة منه وما بقي فيها، كما كانا مستويين في هذه المعاملة.

وإن كانت هذه السلعة المشتركة باعاها جميعاً ولم يكتبا على الغريم كتاباً بثمنها. فالجواب أيضاً ما ذكرناه من حكم الاشتراك في الذّمّة، واعتبارُ رفع الضّرر عن أحدهما ثابتٌ.

وإن كتبا ثمنها في كتابين ينفرد كلّ/ واحد منهما بكتابه، فإنّه لا يدخل أحدهما على الآخر، لكون هذا الانفراد بالكتاب كالمفاصلة في الشّركة،

والمقاسمة لما على الغريم. وقد قدّمنا أنّ الدّين إذا اقتسماه، انفرد كلّ واحد بما اقتضاه.

وكذلك حكم هذا الدّين إذا كان من قرض لمال اشتركا فيه، وكتباه في كتاب أو كتابين أو لم يكتباه، الحكم في هذه الأقسام كما قدّمناه في[1] إذا كان الدّين من بيع سلعة مشتركة.

وأمّا إذا كان الدّين ثمن سلعتين ينفرد كلّ واحد منهما بملك سلعته، فباعاهما جميعاً على القول بجواز ذلك، وكتبا ثمنهما في كتابين، فإنّه لا يدخل أحدهما على الآخر فيما اقتضاه، لكونه لا شركة بينهما في ثمن ولا مثمون. وأمّا إن كتبا ذلك في كتاب واحد، فإنّ الشّيخ **أبا محمّد بن أبي زيد**، رحمه الله اعتبر حال المثمون ولم يوجب لأحدهما الدّخول على الآخر لمّا كانا غير شريكين فيما باعاه. واعتبر بعض المتأخّرين الثّمن، وقدّر أنّه لمّا كتباه في كتاب واحد، صار ذلك كشركة فيه، وإذا ثبتت الشّركة فيه، وجب دخول أحدهما على الآخر فيما اقتضاه. ولا بعد في أن يوجب الكتاب الواحد الجمع فيما كان أصله مفترقاً، كمسألتنا هذه. كما لم يبعد كون افتراق الكتابين يوجب التّفرقة فيما كان أصله مشتركاً. فإذا لم يبعد هذا، لم يبعد في عكسه.

فإذا تقرّر هذا، فإنّه إذا أوجبنا لأحدهما مشاركة صاحبه فيما اقتضاه منه فإنّ المذهب على قولين مذكورين في **المدوّنة** هل يكلّف المشارك لشريكه فيما اقتضاه أن يقتضي جميع دينه، ثمّ يردّ منه على الشّريك المقتضى أوّلاً المقدار الّذي اقتضاه وأعطاه إيّاه حتّى يعتدلا في مشقّة الاقتضاء، كما اعتدلا في المساواة في هذا المال؟ أو لا يكلّف ذلك، بل يقتضيان جميعاً ما بقي في الذّمّة ويشتركان فيه أيضاً؟ وكأنّ من ذهب إلى هذا قدّر أنّ ما في الذّمّة من عين هما فيه شريكان، وهو كعرض تعدّى أحدهما فأخذ بعضه، فإنّ للآخر أن يجيز فعله وينفرد بحقّه الّذي كان في الذّمّة، ويقتضي جميعه لنفسه. أو يشارك المقتضي

(1) هكذا في النسختين، والأوْلى إسقاط (في).

فيما اقتضاه بحكم تعدّيه في الاقتضاء، ثمّ يرجعان/ جميعاً مشتركين فيما على الشّريك، لكونه إذا أجاز فعل الشريك اقتضى ذلك أن يجيزه على حسب ما يتضمّنه حتّى كأنّه وكّله على الاقتضاء لنفسه، وله[1] على أن يبقي ما في الذّمّة على حكم الشّركة.

وإذا دخل الشّريك على شريكه فيما اقتضاه، فإنّه يدخل عليه بنسبة ما كان له معه. فإن كان الدّين بينهما نصفين شاطره فيما اقتضاه وأخذ نصفه. وإن كان على الثّلث والثّلثين، قسم ما اقتضاه أحدهما على هذه النّسبة أيضاً.

لكن لو كان الدّين بينهما نصفين وهو مائة دينار مثلاً فاقتضى أحدهما من نصيبه عشرة، وهضم عن الغريم أربعين ديناراً، فإنّ في **المدوّنة** قولين: هل يقتسمان هذه العشرة على حسب ما كانت المشاركة في الدّين في أصل المعاملة. ويقدّر أنّ الهضيمة كأنّها حدثت بعد استحقاق المشاطرة في العشرة حين الاقتضاء. أو يقدّر كأنّ الهضيمة لمّا قارنت الاقتضاء كالنسبة له، وكأنّه لم يكن للّذي هضم من حقّه أربعين ديناراً سوى عشرة دنانير في الأصل، ولشريكه خمسون ينارا/ ، فيقتسمان ما اقتُضِي على النّسبة في هذه المشاركة، فيأخذ الّذي لم يقتض من هذه العشرة الّتي اقتضيت خمسة أسداسها، لمّا كان له من جملة الدّين الّذي هو ستّون ديناراً خمسون، وهي خمسة أسداس هذه الجملة، فيأخذ من العشرة خمسة أسداسها، وهي ثمانية دنانير وثلث. ويرجع الشّريك الآخر على الغريم بأحد وأربعين ديناراً وثلثي دينار. ثمّ يختلف في اقتضاء الثّمانية وثلث، هل هي على آخذها من شريكه حتّى يردّها إليه؟ أو على الشّريك الّذي أخذت من يديه. ولو اقتضى العشرة ولم يهضم ما بقي من دينه ثمّ بعد ذلك هضمه، لارتفع هذا الخلاف الّذي ذكرناه واقتسما العشرة نصفين، لأنّ حالة الاقتضاء كان حقّهما في الذّمّة متساوياً، وحينئذ تعلّق حقّ الشّريك بالمقاسمة على المساواة. هذا حكم اقتضاء أحد الشّريكين كلّ المال الّذي يستحقّه أو بعضه.

---

(1) هكذا في النسختين والأولى حذف: على.

وأمّا لو باع حقّه من الغريم بعرض يكال أو يوزن أو لا يكال ولا يوزن، والدّين ليس بطعام من سلم حتّى تفرض المسألة في صلح عن الدّين بما يجوز. ولهذا قيّد في **المدوّنة** في هذا السؤال أنّ الصّلح عمّا في الذّمّة ممّا ليس بطعام ولا إدام. لأجل أنّ الطّعام والإدام إذا كانا في الذّمّة، فلا يجوز الصّلح عنهما بعرض. لأنّه بيع الطّعام قبل قبضه إذا كان ذلك استقرّ/ في الذّمّة من سلم لا من قرض. لأنّ بيع الطّعام القرض يجوز قبل قبضه. فإنّ المذهب في هذا أيضاً على قولين مذكورين في **المدوّنة**. أحدهما أنّه من حقّ الشّريك الّذي لم يصالح أن يشارك شريكه في العرض الّذي أخذ، فيكون ذلك بينهما لكونه أَوْهَنَ الذّمّة وأضعفها بما أخذه من عرض. فمن حقّ شريكه أن يمنعه من أن يوهن ذمّة مشتركة بينهما ويرفع هذا الضرر عنه. وهو لا يرتفع إلاّ بالمشاركة في العرض الّذي أخذ. لكنّه إذا قبض، هذا الّذي لم يصالح، دينَه، فإنّه يطالبه شريكه، الّذي صالح بالعروض، بقيمة ما أخذ منه وهو نصف العرض. ويعتبر قيمته يوم صالح به الشّريك لا يوم أخذ نصفه منه.

والقول الثّاني: أنّهما إذا اشتركا في العرض عادا مشتركين فيما بقي في ذمّة الغريم من الدّين، فيكون بينهما نصفين، لكون ما في الذّمّة حكمه حكم العرض، وإن كانا عيناً. فإذا صالح عمّا في الذّمّة بعرض، فكأنّه تعدّى على عرض مشترك فباع بعضه بعرض آخر، فإنّ للشّريك الّذي لم يبع أن يمضي فعله في نصيبه خاصّة. ويبقى هو على حقّه في العرض المشترك ويجيز فعله. ويكونان مشتركين في العرضين جميعاً الثّمن والمثمون. وكأن من ذهب إلى القول الآخر قدّر أنّه إنّما يشاركه لرفع الضّرر عنه فيما أوهن به الذّمّة الّتي حقّه باق فيها. ولهذا وجبت المشاركة. فإذا رفع الضّرر عنه بالمشاركة فمتى أمن من هذا الوهن واقتضى جميع حقّه، غرم لشريكه ما أخذ منه، ولو لم يجد عند غريمه إلاّ نصف الحقّ الّذي له عليه، لم يغرم لشريكه عوض جميع ما أخذ منه وهو نصف العرض. ولكنّه يغرم له بمقدار ما أخذ، وقد أخذ نصف حقّه، فارتفع الوهن في نصف الحقّ الّذي قبض، فعليه أن يردّ لشريكه قيمة نصف ما

أخذ منه وهو ربع العرض. ولا يردّ إليه ما قابل الرّبع الآخر من الدّين الّذي عجز عن أدائه الغريم. فهذه الطّريقة/ لا تتضمّن كون الشّريك الّذي لم يصالح يجيز الفعل لشريكه وما يقتضيه فعله ويتضمّنه حتّى يعودا شريكين في الباقي في الذّمّة الّذي هو ثمن لما صالح به. وإنّما يجيز من هذه المبايعة ما أخذ خاصّة دون ما أعطى عوضاً عمّا أخذ. ولا يجري ما أخذه هذا الشّريك من شريكه مجرى القرض لهذا العرض، فإنّ من أقرض ثوباً، فإنّما يردّ مثله. ومن استهلكه تعدّياً أو عن بيع فاسد، فإنّما يغرم قيمته. وهذا/ أوجبته الأحكام، فلا يكون كالعرض الّذي يدخلان فيه باختيارهما جميعاً، ولهذا تلزمه غرامة القيمة ولو كان عين الثّوب الّذي وقع الصّلح به باقياً لم يتغيّر، والقرض له أن يردّه بعينه على من أقرضه له إذا لم يتغيّر.

ومقتضى هذا الّذي أشرنا إليه أنّ الصّلح عن الدّين إذا وقع بمكيل أو موزون، فإنّه يردّ قيمته أيضاً. وإلى هذا ذهب بعض حذّاق الأشياخ، لكون هذا أمراً أوجبته الأحكام لرفع الضّرر. فلو قضِي في المكيل والموزون بمثله ها هنا لأوشك ألاّ يرتفع الضّرر عن هذا الّذي لم يصالح، بأن تغلو أسعار الطّعام الّذي أخذ ممّا وقع به الصّلح. فيكلّف أن يشتري مثله فيشتريه بأضعاف ثمنه يوم أخذه، فيكون ذلك أشدّ إضراراً به عمّا دخل عليه من وهن الذّمّة بما أخذه شريكه. وقد يرخُص الطّعام أيضاً، فإذا أخذ الشّريك المصالح مثل الطّعام الّذي أخذ منه وصالح به وقت كونه غالياً، وهو حين يغرمه شريكه له لا قيمة له، لحِقَه الضّرر البيّن، وأصل المشاركة إنّما قضى بها للعدل بين الشّريكين حتّى يرتفع الضّرر عن أحدهما.

ومن الأشياخ من ذهب إلى أنّ الصّلح إذا وقع عن الدّين بمكيل أو موزون فأخذ الشّريك الّذي لم يصالح نصفه، فإنّه إذا قبض دينه ردّ مثل الّذي قبض كيلاً أو وزناً لا قيمة، كما يردّ من استهلك طعاماً مثله لا قيمته.

وقد أشرنا إلى المعنى الّذي يمنع قياسه على الاستهلاك، وهو أنّ

المشاركة إنّما وجبت للعدل بين الشّريكين في رفع الضّرر عن أحدهما، وهذا المعنى لا يتصوّر في مسألة الاستهلاك للمكيل والموزون.

فإن قيل: إذا كان وجوب الرّدّ على هذا الشّريك الّذي لم يصالح بقيمة ما أخذ معلّقاً بأن يأخذ دينه من الغريم فيردّ قيمة ما أخذ من شريكه المصالح، فإن لم يأخذ من دينه شيئاً، فلا يردّ على شريكه شيئاً من عوض ما أخذ منه. فقد يقدّر أنّ الشّريك المصالح لمّا كان وجوب حقّه في الرّدّ عليه معلّقاً بأن يأخذ شريكه دينه من الغريم يكون أحقّ بما في يد شريكه إذا فلس وقد أخذ دينه من الغريم، أو يحاصّ الشّريك المصالح بما وجب له على شريكه من العوض عمّا أخذ منه غرماً للشريك الّذي لم يصالح، لكون هذا الدّين في ذمّة الشّريك المصالح ووجوب قيمة نصف العرض الّذي أخذ من شريكه المصالح ديناً في ذمّته، وتعليق هذا الدّين بشرط أخذه من غريمه لا يخرجه عن كونه ديناً متعلّقاً بالذّمّة تجب المحاصّة به كما تجب المحاصّة بسائر الدّيون. قيل: هذا ممّا تردّد فيه بعض حذّاق الأشياخ ومال إلى/ وجوب المحاصّة بهذه القيمة الّتي وجبت للشّريك على شريكه. وهذا تبسط أصوله إن شاء الله في كتاب المديان والتّفليس، ونذكر هناك ما يلاحظ هذا أيضاً ممّا اختلف فيه الأشياخ وكثرت مناظرة بعضهم لبعض فيه، وهو المفلس إذا ثبت عليه كراء/ دار لم يسكنها بعد، فهل يحاص صاحب الدّار غرماء المكتري بالكراء ويقدّر ديناً حالاً كما تحلّ آجال الدّيون إذا وقع التّفليس، ولا يلتفت إلى ما يمكن أن يطرأ من هدم الدّار فيسقط الكراء، فتصير المحاصّة بأمر غير ثابت؟ أو يكون ما يترقّب من هدم الدّار لا يلتفت إليه لأنّا نستصحب وجوب الكراء وسلامة الدّار، واستصحاب ذلك يلحقه بالدّيون الثّابتة الّتي لم تعلق بشرط.

فإذا وضح هذا كلّه، فإنّ الإشتراك في سائر الدّيون يوجب دخول أحد الشّريكين على صاحبه على تفصيل ما قدّمناه. ولو كانت الدّيون وجبت عن وراثة، والوراثة لم يرض الورثة بالشّركة فيها، ولا دخلوا على ذلك، حتّى يقدّر أنّ أحدهم إذا اقتضى بعض الدّين الموروث فقد أوهن ذمّة دخل الشريكان فيها

على أنّ أحدهما لا يضرّ بصاحبه. لكن هذا الاشتراك وإن أوجبته الأحكام، فإنّه يجري مجرى ما اشتركا فيه بالطّوع. لأنّ الذّمّة الّتي ملكوها عمّن ورثوه بينهم على الشّياع، والحقّ إذا كان شائعاً، لم يكن لأحد الشّركاء أن يفعل فيه ما يعيب به الحقّ وينقصه. وأشار **سحنون** إلى أنّ الدّيون الثّابتة في الذّمم لغير المشتركين فيها كالدّيون الموروثة أو أروش الجناية لا يدخل فيها أحد الشّريكين على الآخر، لكون الشّركاء ها هنا لم يلتزموا شركة تتضمّن ألاّ يعيب أحدهما ما اشتركا فيه. ولهذا يلحق بالاشتراك في المال في هذا الحكم ما هو متعلّق به، كوارث ادّعى على رجل أنّ لأبيه عنده ديناً فافتدى المدّعى عليه من اليمين الواجبة عليه بمال دفعه لهذا الوارث المدّعي، فإنّ لمن سواه من الورثة أن يشاركوه فيما أخذ صلحاً عن هذه اليمين. لأنّ الصّلح إنّما وقع عن مال زعم هذا أنّه لأبيه الّذي اشتركوا في وراثته وأنّه مظلوم فيما انتقص من حقّه. فصارت دعواه تتضمّن وجوب مشاركة بقيّة الورثة. ولو استحلفوا الغريم ووصلوا إلى حقّهم منه بالاستحلاف، فإنّ ذلك لا يمنعهم من مشاركة هذا الوارث الّذي صالح عن هذه اليمين الواجبة بهذه الدّعوى، لأجل ما نبّهنا عليه من كون/ دعواه تضمنت ثبوت المشاركة فيما أخذ بينه وبين بقيّة الورثة.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال:

قد قدّمنا الكلام في السؤال الّذي فرغنا من جوابه الآن أنّ مذهب **ابن القاسم** أن صلح أحد الوليين عن دم العمد يوجب مشاركة بقيّة الأولياء له فيما أخذ. كما يجب ذلك لهم إذا اقتضى ثمن سلعة باعوها وهم أشراك فيها. وأن غيره منع، في **المدوّنة**، من هذا، وقاسه على بيع أحد الأشراك نصيبه من عبد، فإنّ بقيّة أشراكه لا يدخلون معه في الثّمن الّذي قبض. وذكرنا إلزام بعض الأشياخ لهذا القائل أن يمنع المشاركة فيما اقتضى من الدّيون التي هي أثمان سلعة اشتركوا فيها. وذكرنا الفرق بين بيع النّصيب من السلعة، وهو مقدار ما يختصّ بالبائع، وبين الدّيون المشتركة، وأنّ من باع نصف سلعة بينه وبين غيره، فإنّ البيع ينطلق على نصيبه ونصيب غيره. بخلاف إذا باع نصيبه خاصّة، فإنّه لا

مدخل لشريكه في ذلك. وإن كان وقع في **الموّازيّة** في الدّين المشترك أنّه يدخل الشّريك الّذي لم يبع نصيبه على من باع نصيبه من الدّين المشترك من الغريم أو من أجنبيّ. [مع كون بيعه من أجنبيّ][1] لا يوهن ذمّة الغريم ولا يخليها، فيجب ألاّ يدخل شريكه في هذا الّذي باعه من أجنبيّ، كما لا يدخل عليه في ثمن نصيبه الّذي باع من عبد مشترك بينهما. وقد ذكر **أشهب** في **المدوّنة** أنّ القتيل إذا استحقّ دمه ابناه وبنته، فصالح أحد الولدين عن الدّيّة على مقدارها أو أكثر من ذلك، فإنّ لأخويه أن يشاركاه فيما أخذ وإن كان أكثر من الدّية. ولم يقيّد **أشهب** أنّ ما زاد على الدّيّة لا حقّ للأخوين فيه، فلا يجب أن يشاركا فيه المصالح، لأجل أنّ الزّيادة على الدّيّة إنّما كانت بسبب العفو عن الدّم الّذي هم فيه شركاء، فوجب اشتراكهم في الزّائد على الدّيّة. كما وجب اشتراكهم فيها لما أن كان الجميع عوضاً عن الدّم المشترك بينهم. قال: ولو صالح أحدهم على أقلّ من نصيبه من الدّيّة، وهو خمساها، للزمه ما حطّ من نصيبه. ولم يلزم ذلك أخويه بل يأخذ كلّ واحد منهما من القاتل نصيبه على الكمال. ولو عفا أحد الولدين على غير شيء يأخذه، لانتقل حكم الدّم في نصيب من لم يعف إلى حكم الخطإ، فيكون له على القاتل خمسمائة دينار، لكون الدّم امتنع القصاص فيه لعفو أحد الوليين عن نصيبه، ونصيبُه من الدّم المراق لا يتميّز/ فلمّا ارتفع القصاص، لأجل هذا صار كارتفاعه لأجل كون القتل خطأ.

ولو طرأ على الميّت دين لأخذ من الخمس مائة دينار الّتي أخذها الّذي لم يعف، لكون ما يؤخذ من دم العمد من ديّة يورث على فرائض الله، ويرث فيه من لا قيام له في الدّم كالزّوجة وشبهها. وإذا ثبت أنّه يورث، ثبت أنّه تقضى منه الدّيون، إذ لا ميراث إلاّ بعد الدّين.

بخلاف معتَق يموت بعد موت سيّده، فإنّه، وإن كان يرثه عصبة سيّده، فإنّ الدّين لا يقضى ممّا ترك هذا العتيق، لكون هذا المال إنّما يرثه العصبة

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من (و).

بالولاء بحكم الشّرع لا على أنّ الميت مَلكَه وتركه موروثاً عنه، لأنّ العتيق لا يملك سيّدُه ما اكتسبه بعد عتقه ولو كان العتيق حيّاً، فكيف به إذا مات والدّيّة وجبت على القاتل المُذهِب للحياة؟ فصارت الدّيّة كأنّها تركة للميّت كانت له في حياته، مع كون القتل أتلف ذمته، وأحلّ مكسبه للغرماء ما يقتضي منه ديونه. ولا مطالبة للوليّ، الّذي أخذت من يده المائة من نصيبه الّذي قبضه من الدّيّة، على القاتل بشيء. ولا يقدّر في هذا أنّ الدّم لمّا انتقل إلى حكم الخطإ في حقّ الّذي لم يعف، انتقل أيضاً في حقّ العافي، فيصير كأنّه وجبت له خمسمائة دينار فأسقطها عن القاتل فوهبها. فيقول الآخذ للخمسمائة: إنّما عليّ من مائة الدّين خمسون وعلى العافي خمسون فوهبها، وهبته لا يلزمني أن أقوم بها عنه. لأنّ هذا التّقدير إنما يصحّ لو عفيا[1] جميعاً على أن يأخذ كلّ واحد منهما نصيبه من الدّيّة. فلمّا وجب ذلك لكلّ واحد من الولدين على القاتل وهب نصيبه للقاتل. والعفو ها هنا لمّا وقع على غير شيء، وهذا العفو هو الّذي صيّر الدّم كالخطإ، لم يستقرّ فيه كون ثبوت الدّيّة المعلّقة بالعفو سابقاً لاستحقاقه أيضاً هو نصيبه من الدّيّة على القاتل.

ولو ترك هذا القتيل مائة دينار لم يختصّ الدّين بها، بل يؤخذ منها وممّا أخذه الذي لم يعف عن الدّم بالحصص، فيُقضَى من المائة، الّتي ترك الميّت، سدسُها في الدّين، ويؤخذ خمسة أسداس الدّين من الخمسمائة/ الّتي أخذها الّذي لم يعف، ثمّ يعود الّذي عفا فيشارك أخاه في خمسة أسداس المائة، الّتي ترك أبوهما، فيقسمانها نصفين على فرض الله سبحانه.

ولو كان أبوهما ترك مدبّراً ولم يترك هذه المائة دينار ولا غيرها، فإنّ عتق المدبّر يكون أيضاً غير مختصّ بما أخذ في الدّيّة، بل يفرض في العتق على المدبر سدسه، وعلى قابض الخمسمائة خمسة أسداسها/ على مذهب عبد الملك الّذي يرى أنّ المدبر يعتق فيما علم به الميّت من ماله وفيما لم يعلم

(1) هكذا في النسختين، والصواب: عَفَوا.

به. فالمدبّر ممّا علم به الميّت وما أخذ في الدّيّة ممّا لم يعلم به. فيعتق المدبر بالحصص في هذين المالين بخمسة أسداسه يعتق في الخمسمائة دينار للّذي لم يعف. وأمّا على مذهب **ابن القاسم** الّذي يرى أنّه يبدّأ في عتق المدبر بثلث المال الّذي علم به. فإن قَصُر ذلك عن عتق المدبر، أكمل عتقه في ثلث المال الّذي لم يعلم به أيضاً. فيبدأ بعتق ثلث المدبر لأنّه هو المال الّذي علم به، ويبقى ثلثاه، فينوب ذلك المال الّذي لم يعلم به. فإذا قدّرنا أنّ قيمة المدبر مائة دينار، وقد أخذ أحد الوليين خمس مائة دينار فتضاف إليها قيمة ثلثي المدبر وذلك سبع وستّون ديناراً غير ثلث، فيقسط جميع المال أثلاثاً فتكون الخمسمائة خمسة عشر ثلثاً وثلثا المدبر يضاف إلى الخمسة عشر، فيكون جميع المال المتروك سبعة عشر ثلثاً كلّ جزء منها ثلاثة وثلاثون وثلث، فيكمل عتق المدبر. ويرث الّذي لم يعف ثلث المائة وهو ثلاثة وثلاثون وثلث. ويكون بقيّة المال للذي لم يعف.

ولو ترك مع المدبر مائة دينار، لعتق على مذهب **ابن القاسم** ثلثا المدبر، لأنّه ثلث المال الّذي علم به وهو المدبر وقيمته مائة، والمائة الّتي تركها، فثلث المائتين ثلثا المدبر. ويرث الّذي عفا ثلث المائة على أصل **ابن القاسم**.

ولو عفا الجريح في مرضه عن هذا الجرح، فإنّ عفوه ماض، وإن لم يترك مالاً، ولا مقال في ذلك لورثته، ولا لغرمائه إن كان عليه دين. وهذا واضح على أصل **ابن القاسم** الّذي يرى أن ليس لأوليائه إجبار القاتل على الدّيّة. وإنّما يثبت له إذا رضي هو ورَضُوا هم، فعفْوُ الجريح لا يتصوّر فيه إتلاف مال استقرّ لهم، فأتلفه عليهم بالعفو، فيكون ذلك في ثلثه. وإنّما ينظر في هذا على أصل **أشهب** الذّاهب إلى أنّ لأولياء القتيل إجبار القاتل على الدّيّة. فقد صاروا كالقادرين على ملك الدّيّة، فمنعهم من ورثوه من تملّكها، فصار كمتلف مال عليهم. لكن **أشهب** نصّ ها هنا على أنّ عفوه جائز، على حسب ما ذهب إليه **ابن القاسم**، وقدّر أنّ قدرتهم على تملّك هذا المال لا يصيّره ملكاً لهم، فيكون متلفاً لذلك عليهم. لكنّه لم يطرد هذا الأصل في القاتل إذا كان عبداً وقد/ قتل

حرًّا وعفا الحرّ القتيل قبل موته عن هذا العبد. فإنّ **أشهب** قال: يكون عفوه هذا في ثلثه. خلافاً لِمَا ذهب إليه **ابن القاسم** في هذا من مساواته بين كون القاتل حرًّا أو عبداً. فإنّه يرى أنّ عفوه ينفذ. وقدّر بعض الأشياخ أنّ هذا كاختلاف قول من **أشهب**. وأشار إلى أنّه لا يتحقّق فرق بين كون القاتل على جهة العمد حرًّا/ أو عبداً، كما ذهب إليه **ابن القاسم**. وعندي أنّه قد لا يلزم **أشهب** هذا لكون جناية العبد متعلّقة برقبته إلاّ أن يفديه سيّده. وكأنّه خرج بالجناية من ملك سيّده إلى ملك المجنيّ عليه حتّى يستردّه سيّده إلى ملكه بانفراد، على ما سنبسط هذه الإشارة في كتاب الجنايات إن شاء الله تعالى. وهذا حقّ متعلّق بعين يقدّر أنّ ملكها زال عن سيّد العبد، فهو بخلاف ديّة معلّقة بالذّمم وليست بعين موجودة حتّى يقدر فيها انفصالها عن ملك مالكها. وذكر في **المدوّنة** في هذا الكتاب أنّ اجتماع جماعة على قطع يد رجل عمداً يوجب له قطع يد كلّ واحد منهم. وكذلك الجماعة إذا تعاونوا على قتل نفس عمداً، فإنّه يوجب لأولياء القتيل قتل جميعهم. وقد يقال ها هنا: إنّ الجماعة إذا تعاونوا على إخراج مال من الحرز، فإنّه لا يقطع جميعهم إذا لم يبلغ ما أخذ كلّ واحد منهم ربع دينار. إلاّ أن يكون ما أخرجوه لا يقدر على إخراجه من حرزه إلاّ باجتماعهم. ومقتضى هذا أن يشترط في اجتماع جماعة على قطع يد رجل لا يقطع جميعهم إذا كان كلّ واحد منهم لو انفرد، لقدر على قطع يده. لكن هذا لم يشترطه أهل المذهب، وما ذلك إلاّ لأنّه لا يتحقّق قدرة أحدهم على قطع يد هذا إلاّ باجتماعهم، لأنّه وإن كان كلّ واحد منهم أقوى من المقطوع يده، فإنّه يمكنه الفرار منه والتحيّل عليه بما لا يمكنه من الفرار والتحيّل مع اجتماع الجماعة عليه. ولو قتل رجل رجلاً له وليّان فعفا أحد الوليين عن دم وليّه وصالحه الوليّ الآخر، فإنّ العافي لا مقال له في الدّم ولا فيما أخذ في الصّلح. لكن لو قتله الوليّ الّذي لم يصالح، لاسترجع من المصالح ما أخذ. هكذا ذكر **ابن القاسم**. فلعلّه قدّر أنّ القاتل إنّما بذل ما بذل بشرط بقاء حياته وألاّ يقتل. فإذا حصل القتل من جهة غير الّذي عفا وصالح، فإنّ الصّلح يبطل ببطلان المقصود لهذا الصّلح.

ومنع **ابن القاسم** من الصّلح عن دم العمد/ بثمرة لم يبد صلاحها. وأمضاه غيره. وهذا أيضاً يلتفت فيه إلى ما قدّمناه من كون ما يؤخذ من ديّة العمد لا يقدّر أنّه ممّا يُقْدر على ملكه على أصل **ابن القاسم**. فيكون مقتضى هذا ما قاله غير **ابن القاسم** في إمضاء الصّلح ها هنا بثمرة لم يبد صلاحها. أو يقدّر أنّ ذلك كمال مملوك لما قدر على ملكه، على أصل **أشهب**، فيمنع من هذا الصّلح.

وممّا ينظر فيه على هذا الاختلاف لو صالح عن دم العمد بعرض إلى أجل، فإنّه إن قدرنا أنّ الدّيّة لما قدر على ملكها كالمملوكة فإنّ هذا يُمنع منه أيضاً، لكونه فسخ دين في دين، وذكر في **المدوّنة** أنّ الجاني عمدا لغرمائه أن يردُّوا ما صالح عليه من مال ليعفى عنه إذا كان قد أحاطت الدّيون بماله. فأمّا منعهم إيّاه من ذلك قبل أن يوقعه، فإنّ كونهم يستحقّون ذلك ممّا يتّضح، لأنّه يطالبونه بالدّيون فيأخذون جميع ما في يده، فيمتنع الصلح عليه. لكن إذا وقع ذلك قبل علمهم، فهل لهم ردّه أم لا؟ ظاهر **المدوّنة** أنّهم يمنعون من ردّه، لأنّه ذكر فيمن صالح على جناية تحملها/ العاقلة، ودفع في ذلك رهناً، أنّ المرتهن يكون أحقّ به من الغرماء. ولم يقيّد هذا الجواب بكون الجناية عمداً أو خطأً. ويتّضح أنّ تصرّف الغريم، الّذي أحاط الدّين بماله، بالمعاملة والمعاوضة المطلوب بها التّنمية، أنّ ذلك ماض لما فيه من المصلحة له ولغرمائه. كما يتّضح أيضاً ردّ هباته وعطاياه الّتي لا معاوضة عنها. ويبقى النّظر فيما عاوض به ممّا له فيه مصلحة ومنفعة، وليس في ذلك منفعة لغرمائه كالجناية، وخلع المرأة، الّتي أحاط الدّين بمالها، نفسها من زوجها بمال تدفعه إليه، فإنّ هذا المال لم يخرج إلاّ على جهة المعاوضة، ولكنّها معاوضة ليست بماليّة محضة، فيلتفت في هذا أيضاً إلى كون الغرماء عاملوه على ذلك أو لم يعاملوه عليه. وقد أجازوا لمن أحاط الدّين بماله أن يتزوّج بصداق يبذله ويتسرى أمة، لكون هذا ممّا تمسّ الحاجة إليه ويتكرّر فعله. فيقدّر أنّ الغرماء دخلوا عليه وأذنوا فيه. وسنبسط هذا في موضعه إن شاء الله تعالى.

وذكر في هذا الكتاب من **المدوّنة** أنّ الجريح إذا صالح الجارح على مال فمات من جُرحِه، أنّ لأولياء القتيل أن يردّوا ما وقع الصّلح عليه ويقتلوه بقسامة، ولهم أن يتمسكوا بالصّلح ويسقطوا القصاص. قال في الكتاب: وليس/ من حقّ الجارح أن يقول: ردّوا على ما دفعته في الصّلح واقتصوا منّي بأن تقتلوني، لأنّ هذا ممّا لا منفعة له فيه. وإنّما ينظر في هذا لو كان الجرح خطأً فوقع الصّلح عنه. فهل يكون من حقّ المصالح أن يستردّ ما صالح عليه لكون الدّيّة على عاقلته، فيستفيد بردّ الصّلح سقوطَ الغرامة عنه واسترجاع ما دفع أم لا، لكون هذا الصّلح قد رضي به على الإطلاق؟ أو يقدّر إنّما رضي به ظنّاً منه أنّ الغرامة تختصّ به دون عاقلته؟ وقد اختلف في جواز الصّلح عن هذا الجرح وعن ما يتناهى إليه. فأجيز ذلك لكون الغرر في هذا ليس كالغرر في المعاوضات الماليّة. أو يمنع لما فيه من الخطر. وهذا يستقصَى في موضعه إن شاء الله تعالى.

وذكر في **المدوّنة** في أحكام الصّلح عن الدّماء الصّلح عن موضحتين، إحداهما عمد والأخرى خطأ، وأعاد ذكر الصّلح عن ذلك في كتاب الشّفعة. وكتاب الشّفعة أحقّ به. ولهذا نعيده هناك بأبسط ما نورده ها هنا. فذكر في الكتاب قولين في ماذا يقع الاستشفاع به. فحكى عن **ابن القاسم** أنّه إذا أوضح رجل رجلاً مُوضِحتين، إحداهما عمد والأخرى خطأ، فصالح الجارح المجروح عنهما بشِقص من دار، أنّ الشّفعة تكون بديّة[1] موضحة الخطإ، وهي خمسون ديناراً، وبنصف قيمة الشّقص. وذكر عن **المخزوميّ** أنّ الشّفعة تكون بخمسين ديناراً ما قابل موضِّحة الخطإ، وبقيمة ما قابل موضحة العمد من هذا الشّقص. وذلك يعرف بعد التّقويم للشّقص ونسبة ديّة موضِحة الخطإ إلى ما أخذ عن ديّة العمد. فإذا قوّم جميع الشّقص بمائة دينار، مثلاً، وقد علم أنّ ديّة الخطإ خمسون ديناراً، فإنّا ننسب ديّة موضِحة الخطإ ممّا وجب ها هنا في موضِحة

---

(1) في المدنية: بقيمة.

العمد، فنجده قد حصل لموضِحة الخطإ/ ثلث هذا الشّقص، [لكون خمسين ديناراً من جملة، هي مائة وخمسون، الثّلثَ، فاقتضى هذا كونَ هذا الشّقص][1] دفع ثلثُه عن موضِحة الخطإ، وثمنها في الشّرع معلوم. فصار دافعه كأنّه باع ثلثه بخمسين ديناراً، والباقي بعد ذلك لموضِحة العمد، وذلك ثلثا الشّقص.

ومن صالح عن موضِحة عمد بشقص، فإنّ الشّفعة تكون بقيمة الشقص. فكذلك إذا صالح ببعض الشّقص عن موضّحة العمد، فإنّ الشّفعة تكون بقيمة ما صالح به عن موضّحة العمد، وهو ثلثا هذا/ الشقص. وذكر في غير **المدوّنة** أنّ **ابن نافع** ذهب إلى أنّ الشّفعة تكون بقيمة الشّقص ما لم تنقص قيمته عن خمسين ديناراً الّتي هي ديّة موضِحة الخطإ. فإن نقصت قيمة الشّقص عن الخمسين ديناراً، فإنّ الشّفيع لا يأخذ الشّقص إلاّ بالخمسين ديناراً. وهذا المذهب الثّالث الّذي ذهب إليه **ابن نافع** هو اختيار الحذّاق من أتباع أصحاب **مالك** **كابن الموّاز** **وابن حبيب** **وسحنون**، حتّى أغلى في تصحيح هذا المذهب **سحنون**، **فقال**: الصّواب مذهب **ابن نافع**، وما سواه فليس بشيء. وتبع هؤلاء على هذا الاختيار **يحيى بن عمر**.

وأشار بعض أشياخي وبعض أشياخهم إلى مذهب رابع في هذه المسألة. وهو كون الشّفعة ها هنا تجب بالخمسين ديناراً. وما يشبه أن يكون قيمة لموضِحة العمد.

والنّكتة الّتي ينصرف إليها هذا الاختلاف أنّك قد علمت أنّ هذا الشّقص لو كان مدفوعاً كلّه عن موضحة الخطإ، لكانت الشّفعة بديّة موضِحة الخطإ، وهي خمسون ديناراً. ولو كان مدفوعاً عن موضِحة العمد، لكانت الشّفعة فيه بقيمته. فإذا دفع عنهما جميعاً، وهما متساويان، وجب أن يقسم المدفوع عنهما بينهما نصفين. فيكون نصف الشّقص دفع عن موضِحة الخطإ، فيستشفع هذا النّصف بثمنها، وهو خمسون ديناراً. كما لو دفع جميعه عن موضِحة العمد،

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من (و).

فإنّ الشّفعة تكون بقيمته. والحكم في جزء له كالحكم في جميعه. كما لو باعه بعشرين ديناراً، فإنّ العشرين تقسم عليه، فيكون ثمن كلّ نصف منه عشرة دنانير. وهذا يقتضي ما قاله **ابن القاسم**. وإن قلنا: إنّ الدّم ليس من الحقوق الماليّة المحضة، فلا يكون في نفسه ثمناً للشّقص، وإنّما ثمن الشّقص أعواضه. وأعواض موضِحة الخطإ خمسون ديناراً. وموضِحة العمد عوضها قيمة الشّقص. فقد صار الثّمن في هذا الشّقص خمسين ديناراً وقيمته في نفسه. ولمّا لم يكن في نفسه ثمناً مكيلاً ولا موزوناً، صرفت الشّفعة إلى قيمته، كما تصرف لو كان ثمنه عبداً، فإنّ الشّفعة بقيمة العبد لمّا لم يكن العبد مكيلاً أو موزوناً. فإذا انصرفت الشّفعة إلى ثمن الموضحتين لا إلى أنفسهما. وثمنهما خمسون ديناراً في انفراد موضِحة الخطإ، وقيمة الشّقص في انفراد موضِحة العمد، وجب أن/ تكون الشّفعة بذلك على جهة الفضّ على هذين الثّمنين. وإذا فضّ ذلك عليهما وكانت قيمة الشّقص مائة دينار، وقيمة موضِحة الخطإ خمسون ديناراً، فقد صار مدفوعاً عن مائة وخمسين ديناراً. فالّذي يقابل المائة دينار ثلثا الشّقص، فتكون الشّفعة بقيمة ثلثيه، وذلك ستّة وستّون ديناراً وثلثا دينار. والّذي يقابل موضِحة الخطإ ثلث هذا الشّقص. وثمن هذا الثّلث معلوم. فتكون الشّفعة به. وهذا مثاله ما قيل في أنّ من أوصى لرجل بمائة دينار، ولآخر بمجهول، مقداره يأتي على المال، فإنّ المحاصّة لمّا كانت الوصيّة بمعلوم ومجهول تقع بالمائة دينار وبالثّلث. فتضرب في الثّلث الّذي تجمع فيه الوصايا بنفسه/ وبالمعلوم فتكون المحاصّة فيه في نفسه بنسبته إلى المعلوم لمّا امتنع الضّرب بالمجهول، عاد الأمر إلى ما يستحقّه هذا المجهول وهو الثّلث. وإن قلنا: إنّ موضِحة الخطإ وإن كان معلوماً ثمنها في الشّرع، فإنّها في هذه المسألة يصير ثمنها غير معلوم، لكون الشّقص ثمناً لموضِحة الخطإ وديّتها، وثمناً لموضحة العمد وثمنها القيمة المجهولة، فلا يدري ما يقابل موضِحة العمد. وذلك يسري إلى أنّه لا يدري أيضاً ما يقابل موضِحة الخطإ، فكأنّه دفع عن مجهولين، فتكون الشّفعة بقيمته الّتي هي عوض عن جميعه. وجميعه مدفوع

عن الموضِحتين، وقيمته بدل. فلتكن قيمته مدفوعة عن الموضِحتين جميعاً. فتكون الشّفعة فيهما بقيمته كما لو كانت الموضِحتان عمدين جميعاً، فإنّ الشّفعة تكون بقيمته. لكن إذا كانت إحداهما خطأ وثمن الخطإ معلوم، وقد علم أنّ الشّقص دفع عنهما جميعاً، فإذا قصرت قيمته عن الخمسين ديناراً، فلا يصحّ أن يحطّ الجارح عنهما ويزول حكم الموضِحة المجهولة، ويصير الثّمن ديّة الموضحة المعلومة. فأنت ترى هذه المذاهب الثّلاثة تتصرّف إلى كون نفس الشّقص مقسوماً على الموضِحتين لمّا كانت المعاوضة به عنهما. أو مقسوماً على ثمنهما لمّا أن كانت المواضح ليست بأعواض ماليّة. أو يكون غير مفضوض عليهما بالنّسبة والتّقويم ولا على ثمنهما جميعاً، فتكون الشّفعة بقيمة الشّقص ما لم يقتصر عن الخمسين ديناراً، فتصرف المعاوضة إلى المعلوم.

وأمّا المذهب الرّابع، فإنّ أصبغ ذكر في هاتين الموضِحتين أنّ هذا الصّلح لو وقع بهذا الشّقص على أن زاد المجروحُ عبداً من عنده، فإنّه تكون الشّفعة بقيمة العبد وبالخمسين ديناراً وبما يجتهد فيه في تقويم/ موضِحة العمد. فإن كانت قيمة العبد خمسين ديناراً، فهي مثل ثمن موضحة الخطإ. وإذا قوّمت موضِحة العمد بخمسين ديناراً، بعد اعتبار حال الجارح وكونه أكثر قصده في المعاوضة الدّفع عن نفسه القصاص لمشقّته عليه، أو أكثر قصده ما يغرمه من مال، لكون القصاص يخفّ عليه، فإنّه يستشفع بالخمسين ديناراً الّتي هي ثمن موضِحة الخطإ وبالخمسين ديناراً الّتي هي قيمة العبد وبثلث قيمة الشّقص، لكون الّذي يقابله من الثّلاثة المدفوعة يساوي كلّ واحد منهما الآخر. ولو اختلفت هذه القيم، لكانت الشّفعة على ما تقتضيه النّسبة من اختلافها. فيجعل لموضِحة العمد من الشّقص ما قوّمت به موضِحة العمد على المثال الّذي أريناك. وهذا كمذهب **المخزوميّ** في اعتبار النّسبة. ولكنّ **المخزوميّ** صرفها إلى اعتبار موضِحة العمد بأن جعل قيمة الشّقص عوضها. وصرفه **أصبغ** إلى أن جعل ما يقوّم به موضِحة العمد هو عوضها. ثمّ يتّفقان جميعاً على صرف هذا التّقويم إلى الاستشفاع بقيمة ما قابل موضحة العمد من هذا الشّقص. وهذا

الّذي نسبناه **لأصبغَ** من كونه إذا قوّم موضحة العمد بالاجتهاد، نظر ما يقابل هذه القيمة من الشّقص، فجعل الشّفعة بقيمة ذلك من الشّقص لا بنفس ما قوّمت به العمد من الدّنانير، عليه حمل ما وقع له في ذلك **الشّيخ أبو محمّد بن أبي زيد**، وأشار إليه غيره من متأخّري الأشياخ.

وظاهر كلامه عندي يقتضي كون الشّفعة تؤخذ بما قوّمت به/ موضحة العمد لا بقيمة ما يقابل هذه القيمة من الشّقص. وذلك أنّه قال: إذا دفع المجروحُ عبداً وأخذ الشّقص من الجارح، عوضاً عمّا وجب عليه في الموضحتين، وعن العبد، فإنّ العبد يقوّم وتقوّم موضِحة العمد بالاجتهاد. فإن كان العبد وقيمة الموضحة الّتي هي عمد بالاجتهاد وديّة موضحة الخطإ تتساوى، فإنّه يأخذ الشّفعة. **فقال الشّيخ أبو محمد**: مراده بهذا أنّ العبد إذا كان الثّلث والموضحتان تتساويان في أثمانهما، هذه بالتّقويم، وهذه بديّتها الشّرعيّة، فإنّ الشّفعة تكون بقيمة ثلث الشّقص المقابل لموضحة العمد.

وبعض أشياخي[1] يشير إلى أنّ الأوْلى أخذ الشّفعة بقيمة موضحة العمد بالاجتهاد من غير رجوع إلى اعتبار قيمة ما يقابلها/ من الشّقص. لأنّه إذا وجب تقويمها في نفسها بالاجتهاد، وصارت كالموضحة الأخرى الّتي قوّمها الشّرع بخمسين ديناراً، فكما لم يعدل عن الخمسين ديناراً إلى ما قابلها من الشّقص، فكذلك لا يعدل عن موضحة العمد إلى ما قابلها من الشّقص. وإذا علمت ما يقابل كلّ واحد من هذه الثّلاث مع التّساوي صرفته في اختلاف قيمها. فلو كان العبد قيمته تقابل نصف أثمان الموضّحتين، لكانت الشّفعة بقيمته وبديّة موضحة الخطإ، وهي خمسون ديناراً، وبقيمة موضّحة العمد بالاجتهاد على ما أشرنا نحن إليه؛ وعلى ما تأوّله الشّيخ أبو **محمّد بن أبي زيد** تكون الشّفعة في موضّحة العمد بما قابلها من الشّقص، فيؤخذ قيمة ما قابلها من ذلك.

ولو كانت الموضحتان خطأ وأخذ الشّقص عنهما وعن عبد دفعه المجروح

---

(1) (أشياخي) ساقطة من (و).

كما قلناه، لكانت الشّفعة بقيمة العبد وبديّة الموضحتين من غير خلاف.

ولو كانت الموضحتان عمداً لقوّمتا بالاجتهاد ونظر إلى ما قابل قيمتهما من الشّقص، وأخذت الشّفعة بقيمة ما قابلهما من الشّقص بعد التّقويم لهما وبقيمة العبد. وعلى ما أشرنا نحن إليه لا يرجع إلى الالتفات إلى قيمة ما قابلهما من الشّقص.

وقد أشار الشّيخ **أبو محمّد ابن أبي زيد** إلى مناقضة **أصبغ** في هذا الّذي قاله من كونه اعتبر في موضّحة العمد قيمتها بالاجتهاد إذا أضيف إليها موضحة خطإ وعمد، مع كونه **يوافق ابن القاسم** فيما قاله في **المدوّنة** في أنّ الجارح إذا دفع شقصاً عن موضحة خطإ وموضحة عمداً، أنّ الشّقص يكون بينهما نصفين. ولم **يقل أصبغ** ها هنا بتقويم موضحة العمد بالاجتهاد أيضاً وينسبها إلى موضّحة الخطإ بل قسَم الشّقص بينهما نصفين.

والّذي أشار إليه من هذا يسبق إلى النّفس أنّه لا فرق بين السؤالين، ولكن قصارى ما يمكن عندي أن يعتذر عمّا قاله **أصبغ** ها هنا أنّ مسألة **المدوّنة** لم يوجب الشّرع في شيء من ثمن ما يستشفع قيمة، بل حدّ في موضحة الخطإ خمسين ديناراً، وبقيت موضّحة العمد على الاجتهاد في حكمها.

وفي مسألة المجروح إذا دفع عبداً وأخذ شقصاً قد اتّفق على اعتبار القيمة في بعض ما يستشفع به وهو العبد. فلمّا ثبتت القيمة في بعض الثّمن الّذي يستشفع به أجرى التّقويم في غيره من الثّمن المضاف إلى ما أوجب الشّرع/ تقويمه. وهذا غير مستنكر في الأصول أن حكماً إذا ثبت في شيء حسن أن ينسحب الحكم على ما قارنه ولازمه في العقود.

وإذا تصوّرت ما قدّمناه في مسألة **المدوّنة** في دفع شقص عن موضحتين إحداهما عمد والأخرى خطأ، فإنّ هذا/ الّذي ذكره **أصبغ** في زيادة المجروح عبداً من عنده لمّا أخذ الشّقص يتصوّر فيه على مذهب **ابن نافع** إذا كانت الموضحتان عمداً، وزاد معهما المجروح عبداً، فإنّ الشّفعة بقيمة الشّقص ما لم

ينقص عن قيمة العبد، كما كانت في مسألة **المدوّنة** بقيمة الشّقص ما لم ينقص عن ديّة الخطإ. وعلى مذهب **المخزوميّ** تكون قيمة العبد كالمعلوم، ويحمل على قيمة الشّقص، وينسب بعضها من بعض، فتكون الشّفعة بما قابل موضحتي العمد من الشّقص، فيدفع الشّفيع قيمة ذلك. ويقسم **ابن القاسم** الشّقص بين المعلوم والمجهول على حسب ما قلناه عنه. وهكذا تصرف هذه المذاهب فيما إذا كانت إحداهما عمداً والأخرى خطأ وزاد **المجروح** عبداً. هذا حكم الزّيادة إذا كانت من **المجروح**.

فلو كانت من الجارح بأن دفع عن موضحة العمد وعن موضحة الخطإ شقصاً وزاد مع ذلك زيادة، فإنّه لا يخلو أن تكون هذه الزّيادة دنانير من جنس ديّة موضحة الخطإ، أو تكون هذه الزّيادة عرضاً.

فإن كانت عرضاً، فإنّ المشهور أنّ الجاري فيها على مذهب **ابن القاسم** أن يقسم العرض بين الموضحتين نصفين. فيكون نصفه لموضحة الخطإ ونصفه لموضحة العمدُ. فيستشفع في موضحة العمد بنصف قيمة الشّقص، لكون العوض عنها نصف العرض المدفوع ونصف الشّقص ويستشفع النّصف الآخر بديّة موضحة الخطإ. ولو دفع الجارح مع الشّقص دنانير، فإنّ **يحيى بن عمر** ذهب إلى قصر الدنانير المدفوعة على ديّة الخطإ لكونها من جنسه. فإذا دفع مع الشّقص عشرة دنانير مثلاً، فإنّه يكون قد قضاه من موضحة الخطإ عشرة دنانير وبقي منها أربعون ديناراً. وقد فرض ابن القاسم[1] كون موضحة الخطإ متساوية[2] في هذا لموضحة العمد فلتكن قيمتها خمسين ديناراً، كما كانت قيمة موضحة الخطإ. لكن موضحة قد قضى منها عشرة دنانير وبقيت أربعون ديناراً دفع الشّقص عوضاً عن الأربعين وعن ما قدّرنا أنّه بخمسين ديناراً، فيستشفع الشّقص بأربعين ديناراً وبخمسة أتساع قيمة الشّقص، لكون الجملة في التّقدير

(1) في المدنية: ابن مالك.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مساوية.

تسعين ديناراً وخمسون/ من تسعين خمسة أتساعها، وهي الّتي تقابل موضحة العمد، وموضحة العمد إنّما تستشفع بقيمة الشّقص أو بما قابلها منه إن كان معها غيرها.

ولو دفع عشرين ديناراً مع الشّقص، لكانت الشّفعة بثلاثين ديناراً وخمسة أثمان قيمة الشّقص. هكذا على هذه النّسبة حتّى يكون المدفوع من الدّنانير خمسين ديناراً، فيكون المجروح قد استوفى ديّة موضحة الخطإ وتخلّص الشّقص كلّه لموضحة العمد، فتكون الشّفعة بقيمته كلّه.

وعلى رأي الشّيخ **أبي محمّد بن أبي زيد**، فإنّ الجاري عنده على أصل **ابن القاسم** فيما أشار إليه، أن تقسم الدّنانير نصفين، كما قسم العرض أيضاً نصفين. فإذا دفع عشرة قسمها على الموضحتين فكانت الشّفعة بخمسة وأربعين ديناراً بقيمة ديّة موضحة الخطإ وبنصف قيمة الشّقص المقابل لموضحة العمد. وهكذا على مقتضى ما أشار إليه لو كان المدفوع مع الشّقص/ مائة دينار، لقسمها نصفين. فتكون الشفعة عنده في موضحة العمد بنصف قيمة الشّقص، مع كون هذا الشّقص دفع وقد دفع معه جميع ديّة موضحة الخطإ.

فيستبعد أن يكون قد أخذ المجروح جميع ديّة موضحة الخطإ، ثمّ يجعل بعد هذا لموضحة العمد نصف الشّقص. وقد ظهر أنّ جميع الشّقص لموضحة العمد، لكون موضحة الخطإ قد سقط حكمها بدفع ديّتها، فصار كما لو دفع الشّقص عن موضّحة العمد ولم يجرح سواها، فإنّ الشّفعة تكون بجميع قيمة الشّقص.

ولكن هذا الاستبعاد يلزم عند بعض المتأخّرين في[1] إذا كان المدفوع مع الشّقص عرضاً، وقد حصل في نصف قيمته جميع ديّة موضحة الخطإ، فيجب أيضاً أن تكون الشّفعة بقيمة الشّقص كلّه، لكون موضّحة الخطإ سقط حكمها بدفع ديّتها عرضاً.

---

(1) هكذا في النسختين، والأوْلى حذف (في).

وهذا عندي قد يعتذر عنه بأنّ العرض تختلف الأغراض فيه، ونسبته إلى موضحة العمد كنسبته إلى موضحة الخطإ. فليست إحداهما أحقّ به من الأخرى. فلهذا أوجب أن يقسم بينهما نصفين. وأمّا الدّنانير فهي من جنس ديّة موضحة الخطإ. فلمّا كانت من جنسها وجب أن يصرف ما دفع من دنانير مع الشّقص إلى كونه قضاء لديّة الخطإ.

لكن أصبغ لم يسلك في العرض/ إذا دفع مع الشّقص مسلك **يحيى بن عمر** والشّيخ **أبي محمّد بن أبي زيد** فيتناقض بما ذكرنا. بل قال: لو دفع الجارح مع الشّقص عبداً، لاعتبرنا قيمة العبد. فإن كانت قيمة العبد كقيمة الشّقص، فقد دفع العبد عن نصف الموضحتين، ونصفُ موضحة الخطإ خمسة وعشرون ديناراً، وموضحة العمد قد قابلها نصف الشّقص، فتكون الشّفعة في موضحة العمد بنصف قيمته. ولو كانت قيمة العبد من الشّقص الثّلث، لكان العبد قد قابل ثلث الموضحتين وبقي ثلثا الموضحتين للشّقص، فتكون الشّفعة بثلثي ديّة الخطإ وبنصف قيمة الشّقص، لأنّ الشّقص مقسوم بين الموضحتين نصفين. ولو كانت قيمة العبد من الشّقص الرّبع، لكانت الشّفعة في موضحة العمد بقيمة نصف الشّقص لا يتغيّر حسابها، وفي موضحة الخطإ بثلاثة أرباع ديّتها.

وذكر في **المدوّنة** إذا ادّعى وليّ القتيل على القاتل أنّه صالح على مال يبذله له، فإنّ القصاص يسقط لإقرار وليّ الدّم بسقوطه، ولا يقبل دعواه على القاتل أنّه رضي له بمال ويحلف على ذلك.

وذكر أيضاً أنّ القاتل خطأ إذا صالح ظنّا أنّ الدّيّة تلزم في ماله، فإنّ له نقض الصّلح إذا علم أنّها لا تلزمه. قال بعض الأشياخ: إذا كان ممّن يجهل ذلك، فلا بدّ من أن يستظهر عليه باليمين على صحّة عذره. وإن وجد المال الّذي دفع قد أتلفه أولياء الدّم، فإن كان هو المطالب لهم بالصّلح، فإنّه لا يرجع عليهم به، كمن أثاب من صدقة ظنّا أنّها تلزمه. وإن كان هم طالبوه بالصّلح، فإنّهم يغرمون له ما أتلفوه من هذا المال.

وهذا الّذي أشار إليه من التّفصيل في الرّجوع بهذا المال نبسطه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وقال في **المدوّنة** ولو أقرّ بالقتل وصالح على الدّيّة تؤخذ من ماله، فإنّه يلزمه الصّلح. ولم يعذره لجهله أنّ/ ذلك لا يلزمه لأجل الاختلاف في المذهب، هل تكون الدّيّة على المقرّ أو على العاقلة بقسامة فيكون كشاهد لهم على العاقلة إذا كان عدلاً؟ ولم نعذره ها هنا بجهله لمّا صادف فعله واعتقاده أحد الأقوال في مذهب أصحابنا في هذه المسألة. وكأنّه حكم وقع بما اختلف النّاس فيه.

هكذا اعتذر بعض الأشياخ عن هذا. ولا يتّضح كون هذا كحكم، لأنّا سنبيّن في كتاب الأقضية ما ينفذ من الأحكام بالمختلف فيه. وعلى أيّ صفة يجب/ إنفاذ حكم الحاكم إذا حكم بما اختلف النّاس فيه.

والجواب عن السؤال الثّامن أن يقال:

إذا ادّعى رجل على رجل حقًّا فأنكر فصالحه، ثمّ ثبت الحقّ بعد الصّلح، فإنّه لا يخلو من أن يكون ثبوته بوجه واضح لا مخاصمة فيه، كإقرار المطلوب بثبوت الحقّ الّذي أنكره أوّلاً. أو يثبت ببيّنة.

فإن ثبت بإقرار المنكر له أوّلاً، فإنّ الصّلح لا يلزم المقرّ له، لأنّه إنّما التزمه كالمجبر عليه والمغلوب على حقّه. فإذا قدر على التخلّص من هذه الغلبة والإجبار بالتوصّل إلى حقّه الّذي منع منه، كان له طلبه. وقال **سحنون**: وله ألاّ ينقض الصّلح ويتمادى عليه، ولا يطالب المقرّ بحكم إقراره. وهذا صحيح لأنّ نقضه حقّ له لا حقّ عليه للباري سبحانه ولا لخصمه. فوقف إمضاؤه أو ردّه على اختياره. كمن أكره على بيع سلعته بثمن فإنّه إذا زال عنه الإكراه، كان له ارتجاع سلعته، لكونها خرجت من ملكه بغير اختياره، وله إمضاء البيع فيها، لأنّ المكرِه له عاوضه عنها باختياره، وله أن يلزمه اختيارَه. وليس كونه بالخيار في ردّ هذا الصّلح بالّذي يوجب سقوط ضمان ما أخذ في الصّلح عنه، لأنّه لم

يسلمه إليه المنكر لحقّه بغير اختياره، بل لو شاء لاستحلفه وقنع بيمينه. فعدوله عن ذلك، وهو الحقّ الّذي أوجبه الشّرع، إلى المعاوضة عنه معاوضة التزماها جميعاً توجب كون الضّمان فيها يجري مجرى العقود الصحيحة الّتي لا خيار فيها.

وأمّا إن ثبت الحقّ ببيّنة والمدّعى عليه متماد جحودُه مكذّب للبيّنة، فإنّ ذلك لا يخلو من أن يكون لم يعلم بالبيّنة، أو علم بها فلم يقم بها وهي حاضرة أو غائبة.

فإن كانت البيّنة، الّتي ثبت له بها أصل الحقّ وصدْقه في دعواه، لم يكن علم بها حين الصّلح، ففي ذلك روايتان. إحداهما: أنّ له القيام بها، وهو الّذي ذكره في **المدوّنة**. والثّانية أن لا قيام له بها، وهي رواية **مطرّف** عن **مالك** في كتاب **ابن حبيب**.

فكأن من أثبت له القيام قدّر أنّه لمّا صالح جاهلاً بها، فإنّه يُعلَم أنّه لو علم بها ما رضي بما رضي بالصّلح، فكأنّه اشترط فيه هذه المعاوضة، أنّ له النّقض للصّلح متى ثبت أصل حقّه. وصار ثبوت حقّه كعيب يطلع عليه في المبيع، فإنّ له القيام به لجهله به حين العقد، ولو كان عالماً به، لم يكن له قيام.

كما أنّ من لم يصالح على حقّ ادّعاه فأنكره المدعى/ عليه فاستحلفه الطّالب، ثمّ وجد بيّنة لم يكن علم بها، فإنّ له القيام بذلك، لأنّ استحلافه كالمشروط فيه أنّه إنّما رضي به لأجل عدم البيّنة، فمتى وجدها لم يسقط حقّه فيما شهدت به.

ومن منعه من القيام بالبيّنة رأى أنّ الصّلح وقع مع تجويزه أن يعثر على بيّنة، فيصير كالملتزم لإسقاطها في عقد هذه المعاوضة. ولهذا قال في الرّواية: لو شاء لتربّص، فعجلته إلى المعاوضة مع قدرته على التّربّص كالمسقط لحقه/ في هذه البيّنة. كما يسقط حقّه في العيب إذا دخل على علم به. لا سيما أنّ

القيام بالبيّنة مبطل عقد المعاوضة [ويبقى منعقداً][1] والشّرع يلزم عقود المعاوضة إلاّ عند أمر يوجب حلّها. وقد أخذ ما أخذه في الصّلح ليتصرّف فيه وينتفع به، فلم يمكن من ردّه بعد ذلك لأجل ظهور بيّنة لم يعلم بها. ولهذا كان له القيام ببيّنة لم يعلم بها إذا استحلف خصمه. لأنّ استحلافه له ليس بمعاوضة ولا تصرف في ملك أخذ على جهة المبايعة. فلهذا كان له أن يقوم بالبيّنة الّتي لم يعلم بها. وكان قيامه ببيّنةٌ لم يعلم بها بعد الصّلح فيه الخلاف المذكور. وقد قال **سحنون** فيمن أقرّ في السرّ وجحد في العلانية وقال للمدّعى عليه: أخّرني وأقرّ لك، فأشهد المدّعي في السرّ أنّه إنّما يصالحه لإنكاره، وأنّه متَى وجد بيّنة قام بها، فإنّ الصلح لا يلزمه إذا ثبت جحوده وثبت أصل الحقّ. والظّالم أحقّ أن يحمل عليه. فأشار إلى أنّه متى اشترط في السرّ قيامه ببيّنة يجدها، فإنّه يمكّن من ذلك. وأمّا إن كان عالماً بها وهي حاضرة يمكنه القيام بها فعدل عن ذلك إلى الصّلح، فإنّ الصّلح لازم ولا قيام له بهذه البيّنة إذا كان قد صرّح حين الصّلح بأنّه قد ترك القيام بها. وإن لم يصرّح بذلك، فقد علم أنّ المذهب على قولين فيمن استحلف خصمه وهو عالم بحضور بيّنة تحقّق دعواه، هل يكون مجرّد علمه بها دلالة على تركها؟ أو لا يكون ذلك دلالة فيكون له القيام بها؟

وأشار بعض المتأخّرين إلى كون هذا الخلاف ثابتاً في مسألة الصّلح، كما يثبت في مسألة الاستحلاف على ما تقدّمت إشارتنا إليه. وأشرنا إلى كون الصّلح والمعاوضة أعلى درجة في هذا وأبعد في الفسخ من الاستحلاف خاصّة، لكون/ الاستحلاف ليس بمعاوضة فيه، ويقدَّر المستحلف بأنّه اعتقد أنّه لا يحلف ويغنيه عن البيّنة، أو أراد إشهاره باليمين الكاذبة. ولا يتصوّر مثل هذا في الصّلح الّذي طريقه المعاوضة.

وأمّا إن كانت البيّنة الّتي علم بها بعيدة الغيبة فصالح، فإنّه إن اشترط في الصّلح أنّه متى قدمت قام بها وأعلن بذلك، فإنّ له القيام بها، ولم يختلف

(1) هكذا في النسختين ولعلها أو يبقى منعقداً.

المذهب فيه. وأمّا إن أشهد في السرّ أنّه يقوم بها إذا قَدِمت، ففيه قولان: هل ينفعه هذا الإشهاد كما لو أعلن به واشترطه، فيكون له القيام بهذه البيّنة إذا قدمت؟ أو لا ينفعه هذا الإشهاد في السرّ لكون المدّعى عليه مكّنه من التّصرّف في ماله على جهة المعاوضة؟ ولو علم بما أودع من بيّنة أو أسرّها، لم يسلم إليه ماله، فلا يكون له القيام بالبيّنة، لأنّ تمكينه من القيام بها يوجب حلّ هذه المعاوضة. وقد قدّمنا أنّ الأصل في البياعات اللّزوم والانعقاد. وقد ذكر **ابن القاسم** فيمن أخّر من له عليه دين بشرط أنّه متى ادّعى القضاء، لم يستحلفه، واصطلحا على ذلك، أنّ هذا الاصطلاح لا يلزم. ومتى ادّعى المديان القضاء، فإنّ له استحلاف الطّالب له بالدّين. وكأنّه قدّر أنّ هذا شرط خلاف ما يوجبه الشّرع، فلم يوفّ له بشرطه.

وروي عنه أيضاً في الخصمين إذا اصطلحا على إسقاط البيّنة، أو على أنّ المدّعى عليه إن نكل عن اليمين، غرم من غير أن تردّ اليمين على المدّعي، فإنّ ذلك ماض. وهذا الشّرط أيضاً من كون النّكول يوجب الغرامة من غير ردّ اليمين، خلاف مقتضى الشّرع في الدّعاوي/ المحقّقة لا في الدّعاوي المبنيّة على التّهم. وهذا إنّما يحسن النّظر فيه إذا وقع الصّلح في هذا على معاوضة.. وأما إن لم تكن معاوضة والتزم المدّعى عليه أنّه لا يردّ اليمين وأسقط حقّه في ردّها، فإنّ هذا لا يختلف في جوازه، لأنّه إسقاط حقّ له على غير عوض، وهو كالهبة.

والجواب عن السؤال التّاسع أن يقال:

قد قرّرنا أنّ الصّلح على الإقرار بيع من البيوع، لا يختلف في ذلك. وأنّ الصّلح على الإنكار عندنا فيه قولان، والمشهور من المذهب أنّه أيضاً بيع من البيوع، لكون المدّعي تتضمّن دعواه أنّ الّذي صالح عليه إنّما أخذه على جهة المعاوضة، وإن كان المدّعى عليه ينكر ذلك. وقد تقدّم بيان هذا مبسوطاً.

فلو أنّ رجلاً استهلك لرجل سلعة، فإنّ/ الواجب عليه قيمتها، فإذا

صالحه عمّا وجب عليه من ذلك، ووجوب القيمة قد اتّفقا عليه، فإنّ ذلك يجري مجرى البيوع. وقد تقدّم فيما سلف من كتاب البيوع بيان ما يحلّ ويحرم في البيوع والمعاوضات. فإذا ثبت وجوب القيمة في هذه السلعة المستهلكة، فإنّه إن أخذ عنها عوضاً نقداً، جاز ذلك. ولكن بعد المعرفة بمقدار القيمة الواجبة لأنّها هي المبيعة بما أخذه صاحب السلعة المستهلكة. ولا يجوز لأحد أن يبيع شيئاً هو جاهل به. هذا إذا وقع البيع بجنس من الأعواض غير الجنس الّذي تقوَّم به السلعة المستهلكة. ويجب على من استهلكها أن يغرمه. وأمّا إذا أخذ من جنس ما تقوّم به السلعة المستهلكة، فإنّه إذا وضح عندهما أنّ المأخوذ أكثر من القيمة بالأمر البيّن أو أقلّ منها، فإنّ ذلك لا يمنع من التّراضي به، ولا يفتقر فيه إلى الوقوف على حقيقة القيمة، لأنّه ليس ها هنا معاوضة عن شيء فيفتقر إلى العلم بما وقعت المعاوضة عنه، وإنّما حصل من هذا أنّه قد وهب صاحب السلعة بعض ما يستحقّ من القيمة، أو وهب دافع القيمة أكثر ممّا يجب عليه والهبة تجوز وإن كانت مجهولة.

وهكذا لو استهلك جزافاً، فإنّ الواجب فيه القيمة. ولا يجوز أخذ عوض عنه من غير جنسه إلاّ بعد المعرفة بمقدار القيمة الواجبة فيه. وأمّا إذا أخذ من جنسه مثل أن يستهلك صبرة قمح فيأخذ من مستهلكها قمحاً أو شعيراً أو سلتامكيلا، فإن وضح أنّ الّذي أخذ من ذلك يربي على مقدار الصبرة المستهلكة لو كيلت أو ينقص عنها، لجاز ذلك، لأنّ الأمر ينتقل ها هنا إلى غرامة مكيل من جنس المكيل الّذي استهلك. ويكون ما زاد على ذلك أو قصر عنه هبة، على حسب ما قلناه، وما تقدّمت الإشارة إليه في الصّبرة إذا علم كيلها وطلب ذلك صاحبها في أن يقدم له ما تحقّق أنّها لا تقصر عنه على حسب ما تقدّم بيانه في غير هذا الكتاب. وأمّا لو تراضيا في هذه الصّبرة على غرامة قمح أو شعير أو سلت يتحرّيان كونه موافقاً لمكيلة الصبرة، لم يجز ذلك، لما فيه من المزابنة والتّجويز للوقوع في الرّبا. هذا حكم ما يصطلحان فيه على النّقد.

وأمّا إن اصطلحا على التّأجيل، فإنّ ذلك لا يجوز أيضاً إذا كان ما اتّفقا

على تأجيله من غير جنس القيمة الواجبة على المستهلك،/ لأنّ ذلك دين في دين. وأمّا إن كان اتّفقا على ما هو من جنس القيمة الواجبة، فإنّه إن كان ذلك يعلم أنّه مثل القيمة الّتي/ يقضى بها نقداً أو أقلّ من ذلك، فإنّ ذلك سائغ، لكون من وجبت له القيمة سمح بتأخير ما وجب له. وهذا معروف، والمعروف لا يمنع منه. فأمّا لو كان التّأجيل يعلم أنّه في أكثر من مقدار ما يجب من القيمة، فإنّ ذلك لا يجوز لكونه سلفاً جرّ منفعة. وذلك أنّ القيمة للسلعة المستهلكة إذا كانت عشرة دنانير مثلاً، فإنّ الواجب القضاء بها على المستهلك نقداً. فإذا رضي صاحب السلعة المستهلكة أن يأخذ عن ذلك خمسة عشر مؤجّلة، فإنّ الغارم لذلك إنّما زاد خمسة دنانير ليؤخِّر بعشرة وجبت عليه. وهذا واضح تحريمه. ويجب أن يلتفت إلى عادة أهل البلد الذي استهلكت فيه، فتكون القيمة بما يتبايعون به هذه السلعة إن كانوا يتبايعونها بالدّنانير، أغرم المستهلك دنانير. وجرى تفصيل حكمها على ما قدّمناه في غرامة جنس القيمة. وإن كانت العادة عندهم بيعها بالدّراهم، كان التّقويم بالدّراهم، وجرى الأمر فيها على ما فصّلناه. فإن كان التّقويم بالدّنانير والاصطلاح على دراهم أو التّقويم بالدّراهم والاصطلاح على دنانير جرى الأمر فيها أيضاً على ما فصّلناه في المصالحة على غير الجنس.

ولو غصب عبداً فأبق، لكان لصاحبه أن يغرمه قيمته. وله أن يعدل عن تغريمه القيمة، ويسقط حقّه فيها، ويطلب عبده الآبق. وقد قيل في هذا: لا يجوز المعاوضة عن هذه القيمة بأن يطلب الآبق لأنّه كبيع آبق بقيمة مجهولة. والمشهور جواز ذلك وكون صاحب العبد مخيّراً بين طلب عبده أو طلب قيمته.

وقد انفصل عمّا أشار إليه أهل المذهب الشّاذّ بأنّ الضّرورة تدعو ها هنا إلى المسامحة بغرر. لأنّا إن منعناه من طلب عبده فكأنّا أَبَحْنَا له أو ألزمناه أن يبيعه بقيمة مجهولة. وإن منعناه من أخذ القيمة، فإنّه تركها لأمر مجهول أيضاً وهو الآبق، إذ لا يدري حاله حين هذه المصالحة مع أنّ غصبه وإباقه لا يسقط ملك سيّده عنه، والأصل بقاء ملكه عليه. وإنّما الشّرع أثبت له حقّاً على

الغاصب بأن يغرمه القيمة إذا شاء، فلا يُمنَع من إسقاط هذا الحقّ الّذي أباحت له الشّريعة طلبه ولم توجب ذلك عليه.

ولو وقع الصّلح/ في مثل هذه المسائل على الإنكار بأن يكون ادّعى رجل على رجل أنّه غصب له سلعة واستهلكها وأنكر المدّعى عليه أن يكون غصب له شيئاً، فإنّ جميع ما قدّمناه من التّفريع يعود ها هنا، لكوننا قدّمنا أنّ الصّلح على الإنكار، كالصّلح على الإقرار، فيما يحلّ ويحرم على المشهور من المذهب. وقد أورد في كتاب الصّلح من **المدوّنة** فصلاً يتعلّق بشراء المراجع. وقد تقدّم ما يتعلّق به من الكلام في هذا الفصل. ويتأخّر أيضاً فيما يرد بعد هذا من الكتاب ما يتعلّق الكلام به عليه. وهناك نبسطه إن شاء الله تعالى. لكنّا نذكر ما يتعلّق بما ذكره في هذا الكتاب. وذلك أنّه ذكر في كتاب الصّلح من **المدوّنة** أنّ من وهب جنين أمة لرجل ثمّ مات، فإنّه ليس للورثة أن يشتروا منه جنين هذه الأمة ليستعجلوا التّصرّف في رقبة الأمة. بخلاف أن يسكن رجل رجلاً داراً حياته، أو يهبه ثمر بستانه حياته، فإنّ للورثة ها هنا شراء ما وهب من سكنى أو ثمر، لأجل كونهم ممنوعين من التّصرّف في الرّقاب لِمَا تعلّق بها من حقّ الموهوب له منافعها، فدعت هذه الضّرورة إلى أن يعفى لهم عن شراء هذه الهبة، وإن كانت مجهولة لا يدري أمدها. ولم يجز ذلك لأجنبيّ/ يحاول شراءها لكونه يشتري أمراً مجهولاً لا يدري منتهاه ولا مبلغه، من غير ضرورة دعته إلى ذلك، ولادعت البائع منه. والغرر قد يسامح به إذا دعت الضّرورة إليه، ولحقت المشقّة في العدول عن ارتكابه. وها هنا بالورثة أشدّ ضرورة إلى شراء هذه الهبة ليتمكّنوا من بيع الرّقاب الّتي ورثوها، لكونهم يمنعون من بيعها لما تعلّق بها من حقّ الموهوب.

وقد أشار في **المدوّنة** إلى فروق بين محاولتهم شراء الجنين، ومحاولتهم شراء السكنى أو الثّمرة. فقال: إنّ الثّمرة والسكنى ترجع إليهم، والجنين لا مرجع له إليهم. وأشار أيضاً إلى أنّ من اشترى نخلاً أو داراً واغتلّها بوجه شبهة ثمّ استُحِقّها، فإنّه لا تردّ الغلّة. ولو كان اشترى أمة فاستُحِقّت لردّ ولدها

المسترق معها، بخلاف الثّمرة. وأيضاً فإنّ ارتهان الأجنّة لا يجوز، ويجوز ارتهان الثّمرة على ما قاله بعض أهل العلم.

وقد يستبعد ما أشار إليه من الفرق بالاستحقاق، بكون الولد في الاستحقاق يردّ ولا تردّ الثّمرة، ولكن إنّما أراد الإشارة إلى أنّ الولد كعضو من أعضائها، وكأن مشتريها بذل الثّمن على سائر أعضائها، والولد كأحد أعضائها، فصار شراء الجنين مقصوداً في نفسه يَمنَعُ الورثة من ذلك./ والغلاّت لا تردّ لكونها ليست بجزء ممّا اشتراه واغتلّه ولم تقع المعاوضة عنها، فلهذا لم ترد. فأشار بهذا إلى تصحيح قوله: إنّ الولد لا مرجع لهم فيه، وهو كأحد أجزاء ما يباع ويشترى بدليل ما قلنا في استحقاق أمّه، والثّمرة بخلاف ذلك.

وكذلك إشارته إلى جواز ارتهان الغلاّت ومنع ارتهان الأجنّة، على ما ذكره بعض أهل العلم. فإنّما أراد أنّ الغرر يتأكّد في الجنين ويعظم، ولا يُتَيقّن حصوله وملكه، ولهذا لا يؤخذ رهناً، لأنّ الرّهن إنّما يؤخذ ثقة بالحقّ، والجنين لا يكون ثقة. بخلاف الغلاّت، الّتي هي كالحاصلة في الأغلب من العادة، والغرر إذا تأكّد لم يبح للضّرورة، وإذا خفّ أبيح للضّرورة. على أنّ ابن ميسر أجاز ارتهان الأجنّة كما ترتهن الغلاّت، مع كون الغرر يدخلهما جميعاً. وهذا الارتهان إن كان بعد العقد، فلا وجه لمنعه، وإن قارن عقد بيع، فيختلف فيه، على ما سيرد بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وذكر القولين في ارتهان الغرر إذا قارن عقود البياعات، هل يفسدهما أو لا بناء على اعتبار كونه له حصّة من الثّمن أم لا؟

وقد أشار بعض الأشياخ إلى أنّ القياس جواز شراء الورثة للجنين الموهوب، لكونهم ممنوعين من التصرّف في أمه حتّى تضع، كما منعوا من التّصرّف في رقاب النّخل أو الدّيار الموهوب منافعها وغلاّتها. لكنّه التفت إلى العذر عن التّفرقة بغير ما فرّق به في **المدوّنة**، فقال: لعلّ أمد الوضع قريب، وانتظاره لا يلحق الورثة فيه ضرر كبير، بخلاف من أعمر داره أو بستانه.

لكن قد يقدح في هذا الاعتذار عنده إجازة شراء الورثة لثمر لم يؤبّر لمّا كانوا ممنوعين من التّصرّف في رقاب النّخل، لكون الثّمرة الّتي لم تؤبّر لا يجوز استثناؤها مع كون انتظار جواز البيع قد لا يطول أيضاً. وهذا يبسط فيما بعد إن شاء الله تعالى.

فإذا نجز القول في هذا، فقد ذكر في **المدوّنة** بعده فصلاً مقتضى التّرتيب أن نورده في صدر هذا الكتاب لما تكلّمنا على الصّلح إذا وقع عن عيوب لم تثبت. والّذي أوردناه/ هناك يعاد ها هنا معناه. وتعرض ما ذكره ها هنا على الأصل الّذي قدّمناه من ذكر خلاف أو وفاق. ولا فرق بين الفصل الأوّل وبين هذا سوى أنّه مثّل في الفصل الأوّل بعبد بيع فطعن المشتري فيه بعيب، لم يقرّ به البائع، فوقع الصّلح بينهما على شيء دفعه البائع، حتّى لا يخاصَم/ في العيب ويردّ عليه به. أو دفعه المشتري حتّى لا يمنع من الرّدّ ولا يخاصم فيه. ومثّل في هذا الفصل الآخر بكون الثّمن مؤجّلاً، فذكر فيمن باع سلعة بألف درهم مؤجّلة فطعن بعيب، ثمّ أراد أن يمكّن من الرّدّ به، على أن يدفع شيئاً يضيفه إلى المبيع إذا ردّه بالعيب. فأجاز أن يدفع عرضاً مع هذا المبيع المردود إذا كان يدفع ذلك نقداً. لأنّا قد بيّنّا أنّ **ابن القاسم** يقدّر ها هنا أنّ ما وقع الصّلح به كاستئناف مبايعة ثانية. فيعتبر في ذلك ما يجوز في المبايعات وما لا يجوز. فتصوّرَ ها هنا على مقتضى هذا الأصل أنّ المشتري باع العبد الّذي ردّ بالعيب وعرضاً أخر معه بالثّمن المؤجّل عليه، وذلك غير ممنوع. ولو ردّ العبد ومعه دراهم أو ردّه ومعه دنانير، لمنع من ذلك لما يتصوّر فيه على هذا الأصل من التّحريم. لأنّه إذا ردّ معه دراهم، صار قد باع العبد ببعض الدّراهم المؤجّلة عليه، وما أضاف إليه من الدّراهم، فهي سلف منه للبائع عجّلها له قبل أجلها، وهو لا يستحقّ ذلك عليه، فلمّا كان لا يستحقّ ذلك عليه، صارت الدّراهم المعجلة كسلف منه للبائع يقبضها من نفسه من الثّمن الّذي عليه للبائع إذا حلّ الأجل. فالعبد إنّما بيع بشرط هذا الشّرط، وذلك يفسد البيع. وهذا تصوير صحيح على أصل **ابن القاسم**. لكن إذا قلنا بأحد القولين: إنّ مافي الذّمم من الدّيون المؤجّلة، تُقدَّر

كالحال، ولا يقدّر تعجيله قبل أجله سلفاً من معجّله للبائع، على حسب ما حكيناه في كتاب بيوع الآجال في مسألة الفرس. فإنّ هذا الّذي صوّرناه من التّحريم لا يصحّ.

وكذلك إن ردّ العبد ومعه دنانير، فإنّ ذلك لا يجوز أيضاً بناء على هذه الطّريقة، لكون العبد كالمبيع ببعض الثّمن المؤجّل، وردَّه مشتريه إلى بائعه ببعض ما عليه من الثّمن المؤجّل، ودفع إليه عمّا فضل عن ذلك من الثّمن المؤجّل دنانير. وتعجيل ذهب عن دراهم مؤجّلة لا يجوز، لأنّه صرف مستأخر. مع كون هذا يتصوّر فيه أيضاً البيع والصّرف، وهو ممنوع عند **ابن القاسم**.

وهذا أيضاً يقع فيه الخلاف ممّا قدّمناه في كتاب الصرف من أنّه قد وقعت رواية شاذّة بجواز أخذ دنانير عن دراهم مؤجّلة بناء أيضاً على أنّ ما في الذّمّة كالحال. وأمّا تصوير الخلاف فيه من ناحية اجتماع البيع والصّرف، فذلك ممّا قد تكرّر مراراً ذكره.

ولو كانت هذه الزّيادة من البائع أيضاً، لجرت هذا/ المجرى. فيجوز أن يدفع البائع للمشتري عرضاً نقداً حتّى لا يردّ عليه بالعيب. ويقدّر أنّ البائع كمبتدي بيع هذا العبد وعوض آخر معه يدفعه نقداً بالثّمن المؤجّل، لكون **ابن القاسم** يقدّر هذا الصّلح كاستئناف بيعة ثانية. وأمّا إن دفع البائع دنانير أو دراهم حتّى لا يردّ عليه المشتري بالعيب، فإنّ ذلك ممنوع أيضاً لهذا التّصوير الّذي صوّرناه. لأنّه يقدّر أنّه باع عبداً ودراهم، أو عبداً وذهباً بدراهم إلى أجل، وهذا يدخله الرّبا والصرف المستأخر على حسب ما قدّمناه.

ولو لم يطعن المشتري بعيب ولكن البائع سأله/ في الإقالة فلم يجبه إليها المشتري إلاّ أن يزيده دنانير أو دراهم، فإنّ ذلك يجوز على ما تقدّم بيانه وتأصيله في مسألة حمار ربيعة. وإنّما جاز ها هنا زيادة البائع ذهباً أو دراهم إذا كان ذلك عن استقالة. ومنع إذا كان ليمنع من ردّ بعيب طعن فيه المشتري، لأجل أنّ الثّمن، إذا لم يكن بالمبيع عيب، ثابت مستقرّ في الذّمّة. فيحصل من

هذا أنّ البائع كمستأنف شراء عبد بدراهم له مؤجّلة وزاد مع ذلك دراهم أو ذهباً. وهذا لا مانع منه يمنع. وأمّا في الرّدّ بالعيب فيقدّر أنّ الّذي في الذّمّة لمّا لم يتّفقا على استقراره، صارت هذه المصالحة كابتداء بيع. وإنّما استقرّ في الذّمّة بهذه المبايعة الثّانية، وهي بيع عبد وذهب بدراهم مؤجّلة، وذلك ممنوع. هذا إذا كانت الزّيادة من البائع أو المبتاع نقداً والأجل لم يحلّ.

وأمّا إن كان الأجل قد يحل[1]، فذكر في **المدوّنة** أنّه يجوز أن يزيد المشتري عرضاً أو دنانير أو دراهم حتّى يمكّنه البائع من الرّدّ بالعيب.

وهذا الجواب الّذي وقع في المساواة بين الدّنانير والدّراهم يقتضي ظاهره استواء حكمهما، وهما لا يستويان على أصل **ابن القاسم**، لأنّه إذا ردّ العبد ومعه دراهم، فكأن البائع اشتراه منه ببعض الدّراهم المؤجّلة الّتي أضافها قضاء لما فيه، وذلك غير ممنوع. فأمّا إذا زاد دنانير، فإنّه يتصوّر في ذلك اجتماع بيع وصرف، لكون العبد دفع عن بعض الدّراهم المؤجّلة، والدّنانير الّتي أضيفت إليه دفعت عن الدّراهم الّتي حلّ أجلها. وهذا بيع وصرف. إلاّ أن يكون ذلك يسيراً ممّا يجوز أن يجتمع مع البيع. ولمّا كان مذهب **ابن القاسم** المنع من البيع والصّرف دعا ذلك الشّيخ **أبا محمّد/ بن أبي زيد** إلى أن أصلح هذا الإطلاق في اختصار **المدوّنة**، فقال: لا بأس أن يزيده عرضاً أو عيناً من جنس الثّمن الّذي عليه. فغيّر نقل ما في الكتاب لما اقتضاه عنده أصلُ ابن **القاسم**. على أنّه لو أبقي على ظاهره، لكان ذلك جارياً على مذهب من أجاز البيع والصّرف. وهذا واضح في الزّيادة إذا وقعت على النّقد من جانب البائع أو جانب المشتري.

وأمّا إذا وقعت مؤجّلة، مثل أن يزيد المشتري للبائع عرضاً مؤجّلاً، والأجل لم يحلّ، فإنّ ذلك ممنوع، لكونه بيع دين وهو بعض الثّمن المؤجّل بعرض مؤجّل. وكذلك لو حلّ الأجل، لمنع من زيادة عرض مؤجّل، لكون العرض المؤجّل دفع عن بعض الثّمن الّذي حلّ، فيتصوّر فيه فسخ الدّين في

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حلّ.

الدّين، وذلك ممنوع. وهذا كلّه يعلم حكمه ممّا قدّمناه في الفصل المذكور في أوّل الكتاب. وكذلك يعلم أيضاً حكم الصّلح على هذا العيب بعد فوات العبد ممّا قدّمناه.

وذكر غير **ابن القاسم** في **المدوّنة** في هذا الكتاب أنّ العبد إذا فات بعتق أو تدبير أو موت فدفع البائع للمبتاع دراهم، أنّ ذلك لا يجوز، لكونه سلفاً من البائع للمبتاع. وأنكر الشّيخ **أبو محمّد بن أبي زيد** هذا الإطلاق، وأشار إلى أن الحكم أنّ يُحَطّ إلاّ من الثّمن المؤجّل مقدار ما يقابل العيب من الثّمن، ويبقى ما سوى ذلك في ذمة المشتري إلى أجله، فإذا كان هذا العبد بِيع بألف درهم مَثَلاً، مؤجّلة. وكان ما ينوب العيب عشر الثمن، فإنّ مائة درهم تسقط عن المشتري ويبقى عليه تسع مائة. فإذا كان البائع قد عجّل للمشتري هذه المائة، الّتي الحكم إسقاطها عنه، فإذا حلّ الأجل، دفع التّسع مائة وأخذ المائة الباقية عوضاً عن المائة الّتي أسلفها/ فإنّ هذا لا مانع يمنع منه. وكذلك لو كان يأخذ أقلّ ممّا أسلف. لأنّ السلف بخسارة لا يمنع. وإنّما يمنع السلف بزيادة. فإذا تصوّر ها هنا أن يكون عجّل للبائع هذه الدّراهم لترجع إليه من مقدار العيب من الثّمن أكثر ممّا أسلف وعجّل. مثل أن يكون الواجب أن يسقط عن العيب مائة درهم من الألف، فعجّل البائع خمسين درهماً ليأخذ الألف كلّها، فإنّ هذا الوجه ممنوع.

وأشار الشّيخ **أبو الحسن بن القابسي** إلى أنّ المنفعة ليست من الزّيادة في السلف أو النّقص منه، فليعتبر ذلك. ولكن من ناحية أنّ البائع بادر بذلك وقبله منه المشتري حتّى لا يكشفا عن هذا العيب، ويتخاصما فيه. فربّما/ كان الخصام فيه يكشف أنّ الأمر بخلاف ما تراضيا عليه. فصارت هذه منفعة حاصلة وهي رفع الخصام بينهما، ولأجلها وقع السلف. والسلف إذا جرّ نفعاً منع، كان النّفع مالاً أو غير مال.

وتعليله هذا يقتضي المنع من هذا على كلّ حال. وتعليل الشّيخ **أبي محمّد**

يقتضي كون المنع مقصوراً على وجه واحد، وهو كون هذا السلف يفيد مسلفه أكثر ممّا أسلف.

والجواب عن السؤال العاشر أن يقال:

سئل **ابن القاسم** في **المدوّنة** عن من دفع دراهم لمشتري عبد منه على أن يبرئه من عيوبه بعد انعقاد البيع. فقال: سئل **مالك** عن من تبرّأ من عيب بدابّة باعها أو مشش بيديها، في العقد، أنّ ذلك لا يبرئه حتّى يبين العيب. ونقل من اختصر في **المدوّنة** هذا الجواب فأضاف إلى التّبرّي من مشَش بالدّابّة العبدَ، فقال: لا يبرأ من تبرّأ في العقد من عيوب العبد أو مشش بالدّابّة حتّى يبيّنه.

وهذا الّذي أضافه المختصرون إلى **المدوّنة** خلاف المشهور من مذهب **مالك** في **المدوّنة**. لأنّه أجاز البراءة من عيوب الرّقيق خاصّة، ومنعها من الحيوان البهيميّ. والّذي نقله المختصرون ها هنا من المساواة بين العبد والدّابّة خلاف المشهور عن **مالك** في **المدوّنة**. وإنّما يصحّ هذا الجمع والمساواة بين العبد والدّابّة على القول: إنّ البراءة لا تنفع في رقيق ولا حيوان سواه[1]. وهذه المسألة يلتفت إلى النّظر في ما تجوز فيه البراءة من العيوب في أصل العقد. ثمّ بعد ذلك يلتفت إلى أصل آخر وهو النّظر فيما عقد في المبيع بعد انبرام العقد فيه، هل يقدّرُ أنّ العقد وقع عليه، وإن تأخّر عنه، أوْ لا يضاف إلى العقد الأوّل ويكون له حكم نفسه؟ فإذا قلنا بالمساواة بين العبد والدّابّة في جواز البراءة من العيوب في أصل العقد، وقلنا: إنّ ما بعد العقود يقدّر أنّه قارن العقد، فإنّ المعاوضة على البراءة من العيوب تصحّ بعد العقد كما صحّت في العقد، ويستوي في ذلك العبد والدّابّة. وإن قلنا: إنّ الّذي يفعل بعد العقد لا يضاف إلى العقد وله حكم نفسه، فإنّ هذه المعاوضة تمنع في العبد والدّابّة جميعاً. وإن خصّصنا جواز البراءة بالرّقيق خاصّة، جرت المعاوضة بعد العقد على القولين المذكورين في إلحاق ما بعد العقد بالعقد على حسب ما اختلف فيه في

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: سواء.

اشتراء ثمرة قبل الزّهو/ على التّبقية، وقد سبق العقد على النّخل مجرّدة. وكذلك العقد على مال العبد، وقد سبق العقد على العبد مجرّداً من ماله. وفي **الموّازيّة** لأصبغ جواز المعاوضة على البراءة من عيوب العبد بعد العقد. وهكذا ذكر **ابن حبيب** فيمن باع جارية/ أو عبداً ثمّ دفع البائع ديناراً ليبرأ من عيوبها، أنّ ذلك يجوز في الجارية لجواز البراءة فيها في أصل العقد، ولا يجوز ذلك في الدّابّة لمنع البراءة فيها في أصل العقد. ولعلّه إنّما ذكر في **المدوّنة** البراءة من عيب الدّابّة خاصّة ليشير إلى أنّ ما بعد العقد يمنع في العبد كما منعت البراءة في الدّابّة في أصل العقد. فأشار إلى المساواة بينهما في البراءة بعد العقد لا إلى المساواة بينهما في البراءة في أصل العقد.

والجواب عن السؤال الحادي عشر أنْ يقال:

ذكر في المدوّنة في رجل له على رجل دراهم، نسيا جميعاً مبلغَها، أنّ الصّلح يجوز عنها بعرض أو دنانير أو دراهم ويتحالاّن، ومغمز التقيّة فيه واحد. فأشار بهذا اللّفظ إلى أنّ الجهالة تمنع من صحّة المعاوضة، لكون المجهول لا يصحّ بيعه ولا شراؤه. ولكنّ هذا في مجهول يمكن رفع الجهالة فيه بِعُدُولِهِمَا، مع إمكان العلم به، إلى المعاوضة على جهل به خطر وغرر. فصارت هذه ضرورة تلجىء إلى العفو عن هذا الغرر. والغرر قد يعفى عنه لمشقّة التحرّز منه. فما لا يمكن العدول عنه أحْرى أن يعفى عنه. لكن وإن استوى حكم الجهل فيما ذكره من الأصناف المصالح بها من عرض ودنانير ودراهم، فإنّ العرض والدّنانير إذا صولح بها عن دراهم لا يتصوّر فيها الرّبا، وإذا صولح عن دراهم مجهولة بدراهم أمكن في هذه المعاوضة أن يقعا في الرّبا، وهو بيع دراهم بأكثر منها. ولهذا أشار أنّ هذه الدّراهم وإن زاد فيها معنى من التّحريم آخر، فإنّ ذلك لا يؤثّر ها هنا، لكونهما لم يقصدا إلى التّفاضل والرّبا، ولا يقدران أبداً على العلم بأنّهما سلما منه، فعفي عن هذا أيضاً كما عفي عن الجهالة بالمبيع ها هنا مع كون هذا قد لا يتصوّر فيه الرّبا. لأنّ ما اصطلحا عليه من الدّراهم إن صادف ذلك كون المصالح به مثل المصالح عنه في المقدار سواء

بسواء، فلا ربا ها هنا. وإن اتّفق أن يكون إحداهما أكثر من الأخرى، فإنّ من عليه دراهم يجوز أن يقضي أقلّ منها/ [1] ويكون صاحب الحقّ واهباً لبعض حقّه. ويجوز أن يقضي أكثر منها على شروط تقدّم ذكرها في ما قبل هذا الكتاب. واشترط في **المدوّنة** في جواز هذا الصّلح أن يكون ما يصالح به يؤخذ نقداً، ولا يجوز المصالحة على تأخيره. وهذا الّذي قاله واضح إذا وقع الصّلح بجنس غير الدّراهم الّتي نسيا مبلغها، فإنّ ذلك فسخ دين في دين، ولم تدع الضّرورة إلى العفو عنه. وأمّا إن وقع الصّلح بدراهم هي من سكّة الدّراهم المجهول مبلغها، وفي الجودة مثلها، فإنّ ذلك يجوز إذا تحقّق المصطلحان أنّ الدّراهم المنسيّة أكثر ممّا اصطلحا عليه، لأنّ المصالح يحسن[2] النّقص في المقدار والتّأخير والإنظار. وأمّا إذا كانت الدّراهم المصالح بها لا يتيقّنان أنّها أقلّ ممّا نسياه أو يشكّان هل هي أكثر أوْ أقلّ، فإنّ الإنظار لا يجوز لكونهما يقعان[2]. وقد يقعان في زيادة على الواجب بسبب التّأخير والإنظار، فيكون ذلك سلفاً جرّ منفعة. وقد قال **أشهب**: إنّ الدّرهم المستهلك يجوز الصّلح عنه بدرهم ما كان. وهذا إن أراد به جواز ذلك على أيّ حال، كان الدّرهم المصالح به من زيادة على المستهلك/ أو نقصان فإنّ ذلك سائغ كما قدّمناه وبيّنّا العذر عنه. وإن أراد أنّ الصّلح عن ذلك يجوز بدرهم يعلم أنّه خلاف سكّة الأوّل، فإنّ هذا يمكن أن يقعا فيه في الرّبا بأن يكون المصالح عنه أدنى في الجودة وأكثر وزناً، أو أعلى في الجودة وأقلّ وزناً. ومثل هذا يمنع لما فيه من الرّبا. وتجويز الوقوع في الرّبا كالتّيقّن له في المنع من ذلك. وقد اعتذر **أشهب** عمّا قاله من هذا الإطلاق بأنهما لم يقصدا المقامرة والخطار. والمقصود تغيّر أحكام العقود على حسب ما ذكرناه في كتاب الصّرف في بدل الدّرهم السَّتُّوق[3] بالدّرهم الطيّب. وأشرنا إلى التّعليل بأنّهما لم يقصدا إلى التّفاضل. وقد قال ها هنا في كتاب

---

(1) غير موجودة بنسخة المدنية مع صفحة 554.

(2) هكذا في جميع النسخ ولعل الصواب محسن بالنقص.

(3) المبهرج أنظر القاموس: ستّوق. وهو معرب. أنظر المعرب للجواليقي: 251.

الصّلح ابن **القاسم**: إنّ **مالكاً** كره أن يصالح عن دراهم جياد بدراهم زيوف، وهي المحمول عليها النّحاس أو بدراهم مبهرجة. قال: وكره البيع بها والشّراء ورأى أنْ تُقطَع. ثمّ ذكر أنّه لم يتحقّق هل كره **مالك** هذا للصيارفة خاصّة لأنّ سؤاله عنهم وقع، أو كرهت لجميع النّاس. قال **ابن القاسم**: وأرى جواز **ذلك** إذا لم يغرّبها أحداً وقطعها. فأشار أيضاً في هذا الكلام إلى المنع من جهة التّغرير والتّدليس لا من جهة التّفاضل.

والجواب عن السؤال الثّاني عشر أن يقال:

ذكر في **المدوّنة**، فيمن له على رجل قفيز قمح من قرض وعشرة دراهم، أنّ له أن يصالحه على أحد عشر درهماً. لكون العشرة دراهم قضاء عن العشرة الّتي في الذّمّة، والدّرهم الحادي عشر ثمن القفيز القرض. وبيع طعام القرض قبل قبضه جائز.

وهذا الّذي قاله يشترط فيه كون الدّراهم الّتي في الذّمّة قد حلّت. فيجوز حينئذٍ بيع القفيز القمح بالدّرهم حلّ أجل القرض أو لم يحلّ.

ولو كانت الدّراهم لم يحلّ أجلها، لم يجز **ذلك**، لكون البيع للقفيز القرض بالدّرهم إنّما عقد على تعجيل دراهم قبل أجلها، وتعجيلها قبل أجلها سلف، والبيع والسلف لا يجوز.

وذكر أيضاً، فيمن له على رجل مائة دينار ومائة درهم، أنّه يجوز لهما أن يصطلحا على مائة دينار ودرهم. لأنّه يقدّر أنّه قضاه المائة دينار، وأخذ درهماً واحداً من مائة درهم. فهو واهب لحقه في الدّراهم. ويجوز تأخير هذا الدّرهم أو تقْدمته. قال: بخلاف التّعاوض بذهب وفضّة بمثلها مراطلة أو عدداً، لأنّ هذا تبايع، ولكلّ واحد من الجنسين حصّة في الجنس المقابلة له ولصاحبه. وقد تقدّم بيان هذا في كتاب الصّرف.

ولو كانت المصالحة على مائة دينار ودينار، فإنّ تأخير الدّينار الزّائد على المائة لا يجوز؛ لكونه صرفاً عن المائة الدّرهم الّتي أسقطها، والصّرف لا يحلّ فيه التّأخير.

ولو أنّ لرجل على رجل ألف درهم فقال: إن جئتني بها رأس الشّهر، هضمت عنك منها مائة، فإنّ ذلك جائز لازم لهما. لكن إن تأخّر عن الشهر بالأمر البعيد، فإنّ الوضيعة لا تلزم، لأنّها معلّقة بشرط، والشّرط ها هنا قد فقد بالتّأخير الكثير. لكن لو أتى بها بعد الأجل بالقرب كاليوم، فإنّ **مطرّفاً** حكى عن **مالك** أنّ الوضيعة لازمة. كمن أتى بأضحية أسلم إليه فيها بعد أيّام الإضحى بيوم، فإنّ من له السلم لا مقال له. ولو أتى بها بعد أيّام الأضاحي بزمن بعيد، لم تلزم. وذهب **أصبغ** وغيره إلى أنّ الوضيعة لا تلزم، وإن أتى بالدّين بقرب الأجل/ الّذي أجل له في الهضيمة.

وكذلك على هذا الأسلوب جرى الخلاف بينه وبين مالك إذا أتى بالدّين ناقصاً منه مقدارٌ مَا لا بال له، فإنّ مالكاً رضي الله عنه ألزم الوضيعة، وأصبغ لم يلزمها.

والّذي قاله **أصبغ** هو الأصل على مقتضى اللّفظ الّذي وقع بينهما. والّذي قاله **مالك** جنح فيه إلى مراعاة القصود دون الألفاظ. والقصد في مثل هذا أن لا يمطل بالحقّ عن الأجل الّذي أجل له مطلاً كثيراً، ولا ينقص عن مقدار الدّين أيضاً نقصاً كبيراً.

ولو صحّ أنّ هذا القصد عليه وقعت الهضيمة وهو مرادهما باللّفظ، لم يختلف في ذلك كما لو صرّحا به.

وقد أشار الشّيخ **أبو إسحاق** إلى تعقّب ما قال **مطرف** في الأضاحي. وقال: فإنّ الإتيان بها بعد اليوم الواحد من أيّام الأضاحي هو أولى بأن لا يلزم من له السلم، لكون اللّحم حينئذٍ لا يراد ولا يرغب في شرائه. وإذا بعد الزّمن، عادت الرّغبة فيه. وأشار إلى أنّ القياس كون السلم المعلّق بالذّمّة لا يتغيّر بتغيّر الأزمنة حكمه، لأنّه لو عقد على أنّه ينحلّ لطروّ تغيّر في الزّمن، لفسد العقد. كما لو وقع السلم في الشدّة فأتى المسلم إليه بالطّعام في الرّخاء، (فإن تلوّن هذه الحالة وكون الطّعام في زمن الرّخاء لا تعظم الرّغبة فيه)[1].

---

(1) هكذا في جميع النسخ.

وهذا الّذي أشار إليه من الاستدلال بتلوّن الحال بالشّدّة والرّخاء كنّا قدّمنا في كتاب الصّرف ذكره لما تكلّمنا على من باع بدراهم فقطعت، هل يلزم البائع قبولها وإن فسدت أو لا يلزمه ذلك؟ وذكرت مذهب شيخنا **أبي محمّد عبد الحميد** وأنّه كان يرى الرّجوع إلى القيمة أولى. وكون شيخنا **أبي الحسن المعروف باللّخمي** أنكر هذا المذهب، واحتجّ بأنّه يلزمه عليه بطلان السلم إذا وقع في زمن الشّدّة ثمّ حلّ الأجل في زمن الرّخاء، وأتى به المسلم إليه. وأنّي خاطبته على ذلك، وأشرت إلى المنع من هذا الاستدلال لكون السلم إنّما يجوز بشرط أن يكون إلى أجل تختلف الأسواق فيه. فمبنى جوازه على مراعاة اختلاف الأسواق. فلو جعلنا اختلافها مفسداً له لكنّا تناقضنا. وإذا اصطلح أحد الخصمين مع صاحبه على أنّه إن لم يوافه يوم كذا إلى المحاكمة فكراء دابّته عليه فلم يوافه، فإنّ هذا الشّرط لازم. وهذا الّذي قيل ها هنا بناء على أنّ من أدخل رجلاً بوعده في خسارة، فإنّ ذلك يلزمه. وقد تقدّم بيان هذا في غير هذا الموضع.

تمّ والحمد لله كثيراً



كتاب الوديعة



بسم الله الرّحمان الرّحيم
صلّى الله على سيّدنا محمّد وعلى آله وصحبه وسلّم
كتاب الوديعة

قال القاضي أبو محمّد رحمه الله:

الوديعة أمانة محضة، لا تضمن إلاّ بالتعدّي. والقول قول المودَع في تلفها على الإطلاق مع يمينه، وفي ردّها. إلاّ أن يكون قبضها ببيّنة، فلا يقبل منه إلاّ ببيّنة. وليس له أن يودعها غيره إلاّ من ضرورة، ويضمَن أن أودعها[1]. وليس له أن يسافر بها على كلّ وجه. إلاّ أن تكون في السفر، فعرضت له إقامة، فله أن يبعثها مع غيره ولا ضمان عليه. وإذا أنفقها أو بعضها/ ردّ قدر ما أنفق وسقط عنه الضّمان. إلاّ أن يكون المردود قيمة فقيل: الضّمان باق.

قال الفقيه الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ هل يباح الإيداع أم لا؟

2 ـ وما الدّليل على سقوط الضّمان في الوديعة؟

3 ـ وهل يشترط في رفع الضّمان استدامة الحقّ للمودع؟

4 ـ وما الحكم في تلف الوديعة؟

5 ـ وما حكم تسليم الوديعة لغيره؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال:

استدلّ العلماء على جواز الإيداع بقوله تعالى: ﴿۞إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّوا

(1) في المغربية: ويضمن إن أودعها من غير ضرورة، ويضمن إن أودعها من غير عذر.

﴿ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾[1] وبقوله تعالى: ﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾[2]. وهذا الاستدلال لا يستقلّ بمجرّده. لأنّ قصارى ما فيه الأمر بردّ الوديعة. وردّها غير قبولها. ويصحّ أن يؤمر بردّ ما قبوله حرام. لكن ترك التعرّض لذكر أصل الإيداع يقتضي كونه غير محرم. إذ لو كان حراماً، لنبّه عليه. وكذلك قوله تعالى في الأوصياء ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[3] ومال اليتيم في يد من يليه على جهة الأمانة والإيداع وفيه أيضاً ما ذكرناه من كونه أمَر بردّ الوديعة.

وأمّا قوله تعالى: ﴿فَٱبْعَثُوٓا۟ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ﴾[4]. ففيه إثبات الوكالة. والمال في يد الوكيل على جهة الإيداع. لكن قصارى ما في هذا أنّ أصحاب الكهف الظّاهر من حالهم أنّهم ما فعلوا ذلك إلاّ وهو مباح في شرعهم. وفي الاستدلال بشرع من كان قبلنا خلاف بين الأصوليين.

ولمّا ذكرنا إباحة الإيداع من حيث الجملة، فمن شرط الإباحة أن يكون قابض المال على جهة الإيداع مأموناً عليه. وأمّا إن كان الغالب منه أنّه لا يوفّي بأمانته ولا يردّه/ إلى صاحبه، إمّا بجحوده إيّاه وإمّا بدعوى ضياعه، فإنّ هذا لا تصحّ فيه الإباحة، إمّا لكون اليمين تلزمه فيحلف كاذباً فيكون دافع الوديعة سبباً في حمل هذا على ما لا يحلّ من اقتطاع حقّ مال مسلم بيمينه. على أنّ هذا التّعليل قد يعترض لكون البياعات تصحّ بغير شهادة عموماً في سائر النّاس. وإن كان الإشهاد يستحبّ، وتركه مكروه ولكنّ الكراهة تتقاصر عن التّحريم. وأيضاً فإنّ البياعات تدعو إليها الضّرورات في المعاملات. وقد لا يربح البائع إلاّ في معاملة غير ثقة بخلاف الإيداع. وقد عُلّل هذا الاشتراط بأنّ في إيداع مَن الغالب أنّه لا يردّ الوديعة إضاعة المال. وقد نصّ النبيّ ﷺ نص في البخاري ومسلم عن

---

(1) النساء: 58.

(2) البقرة: 283.

(3) النساء: 6.

(4) الكهف: 19.

النهي عن إضاعة المال[1]. وهذا أيضاً قد يقال فيه: إنّ له أن يهب ماله لغير ثقة، ولمن يتلفه في اللّذّات المباحة. فإذا كان هذا لا يَحْرُم الإيداع لغير ثقة. لكنّ الواهب قصد الملك للموهوب له المالُ. ومن ملّكَ المالَ مالكُه يفعل فيه ما يشاء من الأمور المباحة. وهذا المودع لماله لم يقصد تمليك ماله المودع، وإنّما قصد صيانته، وصيانته في هذا الوجه سبب إضاعته. فنهيٰ عن ذلك لأجل القضيّة الّتي ذكرناها.

وقد منع **أصبغ** من أتى بلطْخ في جارية، أن يضع قيمتها ويسافر بها ليثبت ملكه لها، ورأى أنّ ذلك معونة على ما لا يجوز من وطئها. وإن كان في **المدوّنة** تمكينه من ذلك على الجملة للضّرورة والحاجة إلى صيانة الأموال على أربابها.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

قد تقرّر الاتّفاق على أنّ من أسلف رجلاً مالاً فضاع المال في يد المستسلف/ فإنّه ضامن. كما حصل الاتّفاق على أنّ الوديعة غير مضمونة وتستنبط من ذلك علّة الضّمان والتّبرية.

فوجدنا الوديعة ملك صاحبها، فكان ضمانها منه. لكون هذه العلّة مركبة عند العلماء من هذا الوصف ومن وصف آخر وهو حصول المنفعة، فإنّ المنتفع بالمال ينبغي أيضاً أن يضمنه، والوديعة لا منفعة فيها على قابضها على حال. فاجتمع فيها وصفان يحسنان في نفي الضّمان. وهو كون المال غير مملوك للمودع ولا منفعة له فيه. كما حصل في القرض وصفان لا يحصل معهما نفي التّضمين، وهو انتقال الملك لِلْمستسلف وانفراده بالمنفعة في السلف. والمنفعة/ بالسلف[2] تقرّر الأصلين لأحد الرّجلين بالكلّية لا يشاركه الآخر فيها. وقد نبّه القاضي **إسماعيل** على هذا التّعليل فذكر أنّ الوديعة لا منفعة فيها لمن هي في يديه على حال، فلهذا لم يضمن. قال: وكذلك القراض لأنّ جلّ المنفعة فيه لربّ المال. وكذلك الشّيء المستأجر لا يضمن لأنّ عُظْم منفعته لمن أجّره. فكأنّه تحقّق ما أشار إليه تعلّق

(1) إكمال الإكمال: 5/13 - فتح الباري: 13/9-11.

(2) في و: تقرر في تقرر.

الضّمان بالمنفعة، وقد عدمت بالكليّة في حقّ من المال في يديه وديعة.

وأمّا القراض فمنفعة العامل به غير متيقّنة لأنّه قد لا يربح. فأُجْرِيَ الشّكّ في المنفعة وحصولها مجرى اليقين لعدمها. فقاس ذلك على الوديعة.

وأمّا الشّيء المستأجر ففيه منفعة محقّقة لدافعه ولآخذه. ولكنّه رأى أنّ جلّها لدافعه، فأجرى الجلّ مجرى الكلّ فردّها إلى الوديعة، وهذا بناه على القول المشهور عندنا في الشّيء المستأجر أنّه غير مضمون.

وأمّا الرّهن والعارية والصناع:

فإنّ المنفعة مشتركة في الرّهن عندنا بين دافعه وقابضه. ولكن جلّها لقابضه يضمنه إذا كان يغاب عليه. ورأى **الشّافعي** أنّ جلّها لدافعها، فلم يضمنه لقابضه، مع كون الوصف الآخر الّذي هو عدم انتقال الملك حاصل كحصول ذلك في الوديعة. وقد تكلّمنا على سبب الخلاف في ضمان الرّهان بيننا وبينه. وأشبعنا القول في كتاب الرّهن.

وكذلك العارية وأحكام الصّناع يبسط القول في ذلك في موضعه إن شاء الله عزّ وجلّ.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال:

قد تقرّر أنّ الضّمان إنّما ارتفع في الوديعة عن حائزها لكون حوزه لها لا لمنفعة نفسه على حال.

ولو تسلّف رجل الوديعة الّتي عنده وهي ممّا لا يراد بعينه كالدّنانير والدّراهم يتسلّفها ثمّ يردّها، وأخرجها من ذمّته إلى أمانته على حسب ما كانت عليه قبل أن يتسلّفها، فهل يسقط عنه الضّمان إذا ضاعت بعد أن ردّها إلى أمانته وانتفاء الضّمان حتّى تصل إلى ربّها؟ فهذا ممّا اختلف فيه قول **مالك** رضي الله عنه واختلف أصحابه. فالمشهور عنه وعليه أكثر أصحابه أنّ الضّمان يسقط عنه لإخراجها من ذمّته وردّها إلى أمانته. وهكذا روى المصريّون عنه. وهو اختيار **ابن القاسم وأشهب**. ورواه **ابن عبد الحكم وأصبغ**. وروى عنه المدنيّون أنّ

الضّمان لا يسقط إذا/ ضاعت بعد أن ردّها إلى أمانته. واختاروا من قوله ما رووه عنه. وإلى هذا ذهب **الشّافعي وأبو حنيفة**.

وسبب الاختلاف/ الالتفات في هذه المسألة إلى تسلّف الوديعة، هل يَجُوز أو يمنع؟ والحكم فيه يتفصّل.

فإنّ من بيده الوديعة[1] لا يقدر على ردّها لصاحبها عند مطالبته له بها، فإنّه لا يختلف في تسلّفها - وهو على هذه الحالة - أنّه يمنع. فإنّ هذا كأكل مال إنسان بغير اختياره وبغير عوض، ولا خفاء في تحريم ذلك.

وأمّا إن كان الحائز للوديعة موسراً، فإنّ المذهب فيه اختلاف في إباحة السلف من غير إذن لعذر المودع له في ذلك. **فابن القصّار** من أصحابنا يشير إلى أنّ الإباحة متّفق عليها. ولكنّه أشار بذلك إلى الصّدر الأوّل. فقال إنّ ابن **عمر** رضي الله عنه **وعائشة** رضي الله عنها تسلّفا من أموال أيتام في ولايتهما، ولم ينكر ذلك عليهما أحد، وصار ذلك كالإجماع. وهذا الّذي قاله قد علم اختلاف الأصوليين فيه[2] مذهب في مسائل الفروع لبعض الصّحابة. وسكت الباقون عن إنكاره يكون سكوتهم كالموافقة لأصحاب المذهب أو لا يكون سكوتهم موافقة، على ما بيّناه فيما أمليناه في أصول الفقه.

والنّكتة النّظريّة الّتي يدور عليها هذا الخلاف أن تعلم أنّ المودع إن صرّح بالإذن لحائز الوديعة في أن يتسلفها، فإنّ ذلك لا يختلف فيه في كون السلف لها مباحاً، لحصول الإذن فيه قطعاً. وإن نهاه عن تسلّفها، فلا يختلف فيه أيضاً في أنّ التسلّف ممنوع مع كون المنع مشترطاً في أصل الإيداع. وهذا هو مقتضى الأصول. لكن قد اختلف المذهب عندنا في اشتراط ما لا يفيد، هل يقضى به على من اشترط عليه أم لا؟ وقد نبّهنا على ذلك في كتاب[3]. ولكن قد يتصوّر

---

(1) هكذا في النسختين، والصواب إضافة: [إن كان] ليستقيم الكلام.

(2) بياض بالنسختين مقدار ست كلمات.

(3) بياض بالنسختين مقدار كلمتين.

ها هنا غرض وفائدة في المنع من تسلّف الوديعة. واشترط ذلك على المودع إمّا لكون صاحبه يتيقّن بطيب أصل كسبه، أو لأنّه إذا صار من عنده الوديعة مطلوباً به كما يطالب بالدّيون، وقد تحيط به الدّيون فيرجع المودع إلى المحاصّة. أو يحْوِجه إلى الطّلب فيثقل على المتسلف الأداء فيما طلبه، بخلاف أن يطلبه في الوديعة وهي حاضرة بعينها فإن ردها بعينها ممّا لا يثقل ولا يشقّ.

وإن أطلق الأمر في أصل الإيداع ولم يصرّح بالإذن فيه، فها هنا يقع الخلاف لأجل الإشكال الّذي ذكرناه من كون المودع له غرض في عين ماله. فلا يخالف غرضه/ إلاّ بتصريحه بإذنه في المخالفة. أو يقال: إنّما المعلوم من غرض المودع صِيَانَةُ ماله وحفظه عليه، وإذا صار في ذمّة المودع بتسلّفه له، كان ذلك أبلغ في صيانته على ربّه، لكونه إذا بقي على حكم الأمانة فضاع، كان مصيبة ذلك من ربّه، وإذا صار ذلك في الذّمّة فلا يخشى ربّه من ضياعه. فيكون تسلّفه أبلغ في مقصوده من صيانته. فهذا سبب الاختلاف في جواز تسلّف الوديعة. وقد قيل فيمن غصب ديناراً فأراد أن يردّ مثله ومنع صاحبَه من أخذ عينه، أنّ له ذلك. وهذا يشير إلى ما نبّهنا عليه من أنّ الدّراهم كالدّراهم والدّينار كالدّينار. ولا يتصوّر غرض يفرّق بينهما. فإذا بنينا على القول إنّ تسلّف الوديعة منهيّ عنه، وإن كان المتسلّف موسراً، فإنّه يكون بتسلّفها متعدّياً. فإن تسلّفها ثمّ ردّها، فهل يبرأ بردّها أم لا؟ قد قدّمنا ذكر اختلاف قول مالك فيه./ فيكون القول بأنّه لا يبرأ بردّها إذا ضاعت أوضاع بعضها ويصير كغاصب غصب مالاً ثمّ أخرجه من ذمّته وأوقفه، فإنّه لا يبرأ إلاّ بردّه إلى صاحبه. (وإن كان هذا يتقاصر عن غصب مال ثمّ أخرجه إلى أمانته، يكون مناول ذلك المال أجراها عليه باتّفاق وتسلّف الوديعة في جواز الخلاف الّذي ذكرناه)[1].

وإن قلنا: إنّ تسلّف الوديعة مباح، فها هنا قد يعرض إشكال لأنّ الإباحة بالشّرع لا بإذن المالك. فيكون ردّها في الذّمّة إلى الأمانة. [هذا ما وجد من كتاب الوديعة].

---

(1) ما بين القوسين غير واضح.

فهرس مواضيع المجلدات الثلاثة

الفهارس العامة

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث

رقم الصفحة	الحديث
	أ
165	«إذا بعت بيعاً فلا تبعه حتى تستوفيه». نصب الراية
263	«إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم». مسلم
39/512	«إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع أو يترادان السنن الكبرى». للبيهقي
39	«إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار نصب». الراية
608/536	«إذا بايعت فقل لا خلابة». فتح الباري
955	«الإسلام يجب ماقبله». مسند أحمد
939/932	«الإسلام يعلو ولا يعلى عليه». فتح الباري
801	«استناب النبي ﷺ علياً في نحر البدن». البخاري ومسلم
417	«اشتري واشترطي لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق». المعلم
264	«اشترى النبي ﷺ عبداً بعبدين». نيل الأوطار
1037	«اشترى من جابر بن عبد الله جمله واشترط جابر عليه ظهره إلى المدينة فلما وصل أعطاه النبي ﷺ الثمن والجمل». البخاري
802	«إقامة وكيل على فاطمة بنت قيس يجري عليها النفقة». البيهقي السنن
264	«أمر عبد الله بن عمر أن يأخذ القلوص بالقلوصين إلى إبل الصدقة». نيل الأوطار

رقم الصفحة	الحديث
	ن
1037	«نهى ﷺ عن احتكار الطعام».
1128/608	«نهى ﷺ عن إضاعة المال». البخاري ومسلم
1022/609	«نهى أن يبع حاضر لباد». متفق عليه
509	«نهى عن بيعتين في بيعة». الترمذي
247	«نهى عن بيع الحيوان في اللحم». الموطأ
170/165	«نهى عن بيع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم». نصب الراية
226/220	«نهى عن بيع الطعام حتى يجري الصاعان صاع البائع وصاع المشتري». نيل الأوطار
992	«نهى عن بيع اللبن في الضرع». ابن ماجة
891	«نهى عن بيع الملامسة». بمتفق عليه
/481/480 1037	«نهى عن بيع وشرط». نصب الراية والطبراني
609	«نهى عن تلقي الركبان». متفق عليه
/167/156 229	«نهى عن ربح ما لم يضمن». أحمد وابن ماجة
1037	«نهى عن المخابرة والثنيا». أبو داود
	و
801	«واغد يا أنيس على امرأة الآخر». الترمذي
282	«وبيعوا البر بالشعير والشعير بالبر كيف شئتم يداً بيد». البيهقي
802	«وكل أبا رافع في عقد نكاح ميمونة». البداية والنهاية

فهرس الأعلام

الأعلام الذين عرفنا بهم التعريف المختصر في الجزء الأول المجلد الثالث نحيل على الصفحة التي تم التعريف بهم فيها. والأعلام التي لم يسبق التعريف بهم نتبع أسماءهم بتعريف موجز مع الإحالة على المصدر الذي اعتمدناه.

وكلما ورد الاسم أكثر من مرة في نفس الصفحة أتبعنا رقم الصفحة بالعلامة التالية (*) كما جرينا على وضع الاسم قبل الكنية تيسيراً للمراجعة.

أ

ب

ش

373 - 374 - 375 - 381 - 382 - *384 - 397 - 404 - 406 - 413 -
422 - 425 - 426 - *441 - 449 - *454 - 455 - *460 - 467 -
475 - 482 - 483 - 484 - 485 - *486 - 494 - 495 - 503 - 511 -
*543 - *544 - 548 - 549 - 552 - 553 - 557 - 561 - 570 -
*751 - 572 - 573 - 574 - *576 - *577 - *578 - 580 - 582 -
586 - 590 - 591 - 592 - *593 - *594 - *595 - 596 - *597 -
*600 - 602 - 605 - *609 - 625 - 627 - 629 - *632 - *635 -
*636 - 637 - *638 - *639 - *640 - 641 - *642 - 643 - *645 -
646 - *648 - *649 - 651 - 652 [illegible] - 657 - 659 - *660 -
661 - 663 - 666 - 667 - *669 [illegible] *670 - *671 - 681 - 701 -
*702 - 704 - 709 - *7278729 - 732 - 733 - *736 - 738 -
739 - *742 - 749 - 751 - 756 - 758 - 768 - 775 - 777 - *788 -
794 - *795 - 812 - 813 - *831 - *836 - 838 - *840 - 844 -
846 - *848 - 857 - 863 - 864 - 882 - *898 - 900 - *905 -
*906 - *907 - *909 - 910 - 912 - *915 - *918 - 919 - 924 -
925 - 932 - 941 - 948 - *950 - 953 - *956 - 958 - 960 -
961 - 962 - 963 - 964 - 971 - *973 - *974 - 975 - 978 -
*982 - 984 - 985 - 987 - *991 - 1004 - 1019 - 1020 - 1026 -
*1032 - 1038 - *1043 - - 1044 - 1047 - 1052 - 1064 -
*1065 - *1066 - *1067 - *1068 - *1069 - 1073 - *1075 -
1076 - 1078 - 1080 - 1081 - 1082 - 10831091 - *1094 -
*1095 - *1096 - 1097 - 1099 - 1102 - *1103 - 1104 - 1109
- 1114 - *1115 - *1116 - 1117 - 1118 - *1121

- عبد الرحمن بن عوف الزهري القرشي الصحابي - ت - سنة 32 - الإصابة ج 2 ص 416/ 417

ف

ـ محمد أبو القاسم بن شعبان (1319)

100 ـ 172 ـ 275 ـ 293 ـ 301 ـ 491 ـ 492 ـ 616 ـ 632 ـ 710 ـ
787 ـ 789 ـ 891 ـ 892 ـ 917 ـ 940 ـ 941* ـ 947 ـ 997 ـ 1000

ـ محمد بن إدريس الشافعي إمام المذهب (1313)

23 ـ 32 ـ 36 ـ 37 ـ 56 ـ 57* ـ 59 ـ 60 ـ 63 ـ 66 ـ 67 ـ 68 ـ
69 ـ 76 ـ 78 ـ 81* ـ 82* ـ 85* ـ 152 ـ 164 ـ 166* ـ 167 ـ
170 ـ 173 ـ 206 ـ 211 ـ 226 ـ 229 ـ 244 ـ 248* ـ 249 ـ
250 ـ 251* ـ 261 ـ 263* ـ 265* ـ 266 ـ 270 ـ 272 ـ 277* ـ
278* ـ 282* ـ 283 ـ 285 ـ 287 ـ 290 ـ 294 ـ 296 ـ 298* ـ
306 ـ 308 ـ 318 ـ 320* ـ 393 ـ 377 ـ 422 ـ 426 ـ 433 ـ
434 ـ 459 ـ 463 ـ 465* ـ 470* ـ 471* ـ 481* ـ 507 ـ 508* ـ
509* ـ 521* ـ 522 526* ـ 527 ـ 528 ـ 529* ـ 531* ـ 537 ـ
538* ـ 540* ـ 541 ـ 544 ـ 545* ـ 556* ـ 557 ـ 565 ـ 566 ـ
568 ـ 569 ـ 606 ـ 617 ـ 620 ـ 622* ـ 637 ـ 653 ـ 655* ـ
658 ـ 673 ـ 697* ـ 698 ـ 700* ـ 701 ـ 708 ـ 713 ـ 718 ـ
734* ـ 740 ـ 741 ـ 744 ـ 745 ـ 753* ـ 784 ـ 787 ـ 798 ـ
790 ـ 792 ـ 794 ـ 801 = 804 ـ 805* ـ 806 ـ 807 ـ 813 ـ
815* ـ 816* ـ 820 ـ 829 ـ 831* ـ 833 ـ 837 ـ 840 ـ 843 ـ
849* ـ 855 ـ 857 ـ 858* ـ 859 ـ 864* ـ 865 ـ 866 ـ 888 ـ
892* ـ 894* ـ 897* ـ 925* ـ 940* ـ 966 ـ 969 ـ 986 ـ 989 ـ
996 ـ 998 ـ 1001 ـ 1003 ـ 1004* ـ 1009 ـ 1011 ـ 1032 ـ
1036 ـ 1037 ـ 1058 ـ 1059* ـ 1061 ـ 1062* ـ 1073 ـ 1130* ـ
1131

ـ محمد أبو عبد الله بن الحسن الشيباني (1315)

36 ـ 164 ـ 244 ـ 542 ـ 556 ـ 685 ـ 802 ـ 810 ـ 815 ـ 816 ـ

_ 81 _ 75 _ *74 _ *69 _ *65 _ *55 _ *48 _ 45 _ *41 _ 37 _ *36

_ 166 _ 165 _ 164 _ 141 _ 132 _ 115 _ *111 _ *93 _ 88 _ 87

_ 208 _ *207 _ 201 _ 193 _ 191 _ 187 _ *173 _ 171 _ 167

_ *245 _ 244 _ 242 _ 241 _ 238 _ 232 _ 231 _ 230 _ 223 _ 211

_ 282 _ 281 _ 280 _ 275 _ 273 _ *263 _ 251 _ *248 _ *247

_ *339 _ 327 _ *307318 _ 306 _ 298 _ 294 _ 287 _ 285 _ 283

_ 422 _ 406 _ *401 _ 392 _ 380 _ 378 _ 367 _ *362 _ 361 _ 359

_ 466 _ *465 _ 461463 _ 449 _ *441 _ 433 _ *426 _ 425 _ 424

_ *522 _ 521 _ 520 _ 498 _ 492 _ 481 _ 477 _ 476 _ 475 _ 471

_ 549 _ 545 _ 544 _ 540 _ 538 _ 534 _ 533 _ 531 _ 525 _ 524

_ 596 _ 593 _ 589 _ *586 _ 575 _ 574 _ 56 _ *562 _ *556

_ *632 _ *629 _ 627 _ *622 _ *620 _ 615 _ *600 _ 599 _ *597

_ 698 _ 697 _ 684 _ 680 _ 677 _ 674 _ 658 _ 653 _ *638 _ 637

_ *721 _ 719 _ *718 _ 711 _ 710 _ 709 _ 705 _ 703 _ *701

_ 748 _ *746 _ 744 _ *741 _ 740 _ 738 _ *734 _ 725 _ *722

_ 768 _ 766 _ 765 _ 764 _ 763 _ 762 _ *759 _ 757 _ 753 _ 750

_ *816 _ 809 _ 806 _ *791 _ 790 _ *779 _ 777 _ 776 _ 770

_ 892 _ 891 _ 857 _ *854 _ 846 _ *844 _ 843 _ 834 _ *831

_ 909 _ 908 _ 906 _ 904 _ *903 _ *901 _ *900 _ *898 _ 894

_ *940 _ 938 = 933 _ *932 _ 919 _ 918 _ 917 _ 915 _ *910

_ 959 _ 958 _ 956 _ 954 _ 953 _ 952 _ *950 _ 946 _ 942

_ 989 _ 982 _ 978 _ 972 _ 971 _ 970 _ 969 _ 964 _ 963 _ *960

_ 1008 _ 1007 _ *1006 _ 1003 _ 1000 _ 999 _ 998 _ 997 _ 900

_ 1020 _ 1019 _ 1018 _ 1016 _ 1014 _ *1012 _ 1010 _ *1009

_ 1036 _ *1034 _ 1032 _ *1028 _ *1027 _ 1025 _ 1024 _ 1022

1037 ـ 1040 ـ 1041 ـ 1042* ـ 1044* ـ 1045 ـ 1047 ـ 1053 ـ
1058 ـ 1060 ـ 1061 ـ 1073* ـ 1078 ـ 1079* ـ 1098 ـ 1117 ـ
1118 ـ 1121* ـ 1122* ـ 1130 ـ 1132

ن

ـ نضلة بن عبيد أبو برزة الأسلامي الصحابي اختلف في مكان وفاته وتاريخه بين سنة ستين وسنة سبعين ـ الإصابة ج3 ص 556/ 557 ترجمة رم 8716
521

ـ النعمان أبو حنيفة إمام المذهب (1331)
23 ـ 32 ـ 36 ـ 76 ـ 81 ـ 82 ـ 85 ـ 152 ـ 164 ـ 165 ـ 166 ـ
169* ـ 173 ـ 206 ـ 211 ـ 244 ـ 245* ـ 248 ـ 263* ـ 265* ـ
266 ـ 267* ـ 268 ـ 269 ـ 270 ـ 273 ـ 277 ـ 282 ـ 285 ـ
287 ـ 294 ـ 306 ـ 307* ـ 308 ـ 310* ـ 318* ـ 433 ـ 434 ـ
440 ـ 459 ـ 463* ـ 465* ـ 470* ـ 471* ـ 480* ـ 481* ـ 483 ـ
485* ـ 520 ـ 522 ـ 542 ـ 527 ـ 528 ـ 530 ـ 531 ـ 532 ـ
537 ـ 538* ـ 540 ـ 541* ـ 542 ـ 544 ـ 545* ـ 546 ـ 556* ـ
565 ـ 606 ـ 620 ـ 622 ـ 641 ـ 642 ـ 653 ـ 658 ـ 697 ـ 698 ـ
700* ـ 701* ـ 718 ـ 740 ـ 741 ـ 744 ـ 745 ـ 746 ـ 766 ـ
784 ـ 790 ـ 802 ـ 810* ـ 811* ـ 815 ـ 816 ـ 817* ـ 818* ـ
819* ـ 831 ـ 832* ـ 833 ـ 834* ـ 835 ـ 843 ـ 856 ـ 892* ـ
896 ـ 897 ـ 940 ـ 956* ـ 986 ـ 989 ـ 990 ـ 991* ـ 992 ـ
994 ـ 996 ـ 997* ـ 999 ـ 1004 ـ 1011 ـ 1018 ـ 1036 ـ 1037 ـ
1058 ـ 1060 ـ 1131

ـ أبو هريرة (1334)
248 ـ 521 ـ 897 ـ 988 ـ 994* ـ 1016 ـ 1027

فهرس الكتب

ـ المدونة لسحنون، ويطلق عليها تارة الكتاب

44 _ *43 _ 42 _ 36 _ 31 _ 29 _ 26 _ 22 _ 20 _ 13 _ *12 _ 11 _ 8
_ 82 _ *79 _ *78 _ 71 _ 70 _ 69 _ *58 _ 51 _ 48 _ *46 _ 45 _
_ *111 _ *109 _ *107 _ 101 _ 100 _ *97 _ 95 _ 92 _ *89 _ 83
_ *130 _ *129 _ *125 _ 121 _ 120 _ 119 _ 115 _ 113 _ *112
_ *156 _ 153 _ 152 _ 151 _ 144 _ *142 _ *136 _ 134 _ 132
_ 181 _ *179 _ 178 _ *177 _ *176 _ *175 _ 173 _ 159 _ *157
_ *212 _ 209 _ 204 _ 201 _ 200 _ *199 _ 195 _ *193 _ 185
_ *236 _ 233 _ 232 _ 226 _ 225 _ 217 _ 215 _ *214 _ *213
_ 312 _ 311 _ *306 _ 305 _ *303 _ *293 _ 276 _ *243 _ 238
_ *344 _ 341 _ 340 _ 339 _ 330 _ 328 _ 317 _ *314 _ 313
_ 381 _ 374 _ 370 _ *361 _ *360 _ 359 _ 357 _ *354 _ *353
_ 398 _ 397 _ *394 _ *391 _ 390 _ *389 _ 388 _ *386 _ 383
434 _ 433 _ *425 _ 422 _ 414 _ 413 _ 410 _ 408 _ 404 _ *399
_ *456 _ *455 _ 454 _ 453 _ 449 _ *448 _ 447 _ 445 _ *442 _
497 _ *495 _ *483 _ 478 _ 472 _ 468 _ 467 _ 464 _ 459 _ 457
_ 515 _514 _ 512 _ 511 _ 509 _ 507 _ 501 _ 499 _ *498 _
_ *560 _ *559 _ 555 _ *554 _ 553 _ 552 _ 550 _ 549 _ *548
_ *619 _ *606 _ *599 _ *598 _ 596 _ *585 _ 574 _ 569 _ 561
663 _ 662 _ 660 _ *643 _ 645 _ 636 _ *630 _ 629 _ 627 _ 625
_ *692 _ *691 _684 _ 682 _ 680 _ *679 _ 676 _ 665 _ *664 _
_ *715 _ *712 _ *711 _ 710 _ 709 _ 707 _ 700 _ *695 _ 694
_ 778 _ 777 _ *762 _ 755 _ 737 _ 734 _ 725 _ 722 _ 721
_ *825 _ 824 _ *823 _ *822 _ 818 _ 813 _ 792 _ 780 _*779
_ 874 _ 869 _ 865 _ *860 _ *859 _ 854 _ 845 _ *844 _ *862

882* - 883* - 884 - 898 - 899 - 900 - 901 - 903 - 904 -
905* - 907 - 908 - 909 - 910 - 911 - 914 - 915 - 917 -
919 - 920* - 921 - 922 - 923* - 927 - 931 - 933* - 935 -
937 - 943 - 944 - 946 - 949 - 955 - 963 - 968 - 970 - 977 -
984 - 997 - 1000* - 1004 - 1005 - 1008 - 1050* - 1051 -
1052* - 1064* - 1065 - 1070 - 1071 - 1073 - 1078 - 1088 -
1091 - 1093 - 1095 - 1096* - 1097* - 1098 - 1102 - 1103 -
1105 - 1106 - 1107 - 1112* - 1113 - 1114 - 1116* - 1117 -
1118* - 1119* - 1120 - 1129

- مسائل الخلاف للطحاوي

425

- المستخرجة لمحمد بن عبد العزيز بن عتبة

12 - 58 - 87 - 110 - 117 - 238 - 358 - 388 - 455 - 605 -
625 - 629 - 756 - 758 - 822 - 859 - 890

- المعلم شرح صحيح مسلم للمازري

261 - 421 - 423 - 424* - 438 - 477 - 480 - 182 - 608 - 801 -
1034

- الموازية لمحمد بن المواز

19 - 29 - 45 - 87 - 94* - 200 = 213 - 217 - 230 - 241 - 246 -
263 - 298 - 300 - 301 - 361 - 374 - 387* - 399 - 408 - 447 -
449 - 452 - 463 - 476 - 483 - 484 - 491* - 493 - 498 - 562 -
591* - 594 - 604 - 626 - 627 - 628 - 631 - 634 - 664 - 701 -
703 - 705 - 716* - 725 - 731 - 739* - 743 - 769 - 779 - 781 -
783 - 846 - 860 - 861 - 867* - 869 - 871 - 872 - 890 - 891 -
903* - 908 - 947 - 959 - 961 - 971 - 1003 - 1019 - 1022 -

فهرس الشعر





دَارُ الغَرْبِ الإِسْلَامِي

تـونـس

لصَاحبهَا الحَبيب اللمْسي

6 نهج الدالية بالفي - تونس – تلفون: 0021671393360 – فاكس: 0021671396545 – خليوي: 216-96-346567

DAR AL-GHARB AL-ISLAMI - B.P.: 200 - R.P. 1015 TUNIS

الرقم : 2008 / 10 / 2000 /490

التنضيد: مطبعة الصراط

الطباعة: دار لبنان